Die Zwangspflicht zur Benützung öffentlicher Gemeindeanstalten nach bayerischem Gemeinderecht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Kurt Pranz

aus Nürnberg,

Referendar am Amtsgericht Nürnberg.

Approbiert am 5. Dezember 1929.

30:102

Die Zwangspflicht zur Benützung öffentlicher Gemeindeanstalten nach bayerischem Gemeinderecht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Kurt Pranz
aus Nürnberg,
Referendar am Amtsgericht Nürnberg.

Approbiert am 5. Dezember 1929.

Buch- und Verlagsdruckerei Ig. Forstner, Oberviechtach (Obpf.)
1930.

Referent: Universitätsprofessor Dr. Max Wenzel.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern.

Inhalts-Uebersicht.

Seite

Einleitung. VII

1. Abschnitt: Begriff und rechtliche Natur des Benutzungszwangs im allgemeinen.

§ 1. Begriff und Arten des Benutzungszwangs. 1

§ 2. Rechtliche Natur des Benutzungszwangs. 5

2. Abschnitt:

§ 3. Entwicklung des Benutzungszwangs bis zum neuen Gemeinderecht. 13

3. Abschnitt: Der Benutzungszwang nach Art. 44 Abs. 6 der neuen Gemeindeordnung im besonderen.

1. Abteilung.

§ 4. Begriff und rechtliche Natur dieses Benutzungszwanges. 19

2. Abteilung. Die Voraussetzungen des Benutzungszwanges.

§ 5. I. Allgemeine Voraussetzung. 24

II. Besondere Voraussetzungen des in Art. 44 Abs. 6 n. GO. festgelegten Benützungszwanges.

§ 6. Welche öffentlichen Gemeindeanstalten können mit Benützungszwang ausgestattet werden? 31

§ 7. Gleichheit der Benützungsbedingungen für alle Beteiligten. 33

§ 8. Genehmigung der Satzung einschließlich der Gebührenregelung durch die Staatsaufsichtsbehörde. 36

3. Abteilung: Folgen des Benutzungszwanges.

Vorbemerkung: Allgemeines über das Verhältnis der öffentlichen Gemeindeanstalten zu ihren Benützern. 39

Seite

§ 9. Recht zur Benützung. 43

§ 10. Pflicht zur Benützung. 48

§ 11. Gebührenpflicht. 49

4. Abteilung.

§ 12. Grenzen des Benutzungszwanges. 55

5. Abteilung.

§ 13. Näheres über den Benutzungszwang bei den einzelnen in Art. 44 Abs. 6 n. GO. aufgezählten Anstalten. 67

4. Abschnitt:

§ 14. Streitigkeiten. 77

5. Abschnitt.

§ 15. Benutzungszwang und Gewerbefreiheit. 86

Schlußbetrachtung. 89

Einleitung.

Die Gemeinden als Körperschaften des öffentlichen Rechts, als Selbstverwaltungskörper innerhalb des Staatsgefüges haben als vornehmsten Zweck den der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben. Diesem Zwecke dienen eine Reihe von Tätigkeiten, die die Gemeinden sowohl kraft eigenen Rechts wie auch kraft Uebertragung durch den Staat ausführen; diesem Zwecke dienen aber insbesondere die öffentlichen Gemeindeanstalten. Zugunsten mehrerer derselben können die Gemeinden einen Benutzungszwang einführen, d. h. sie können die Benutzung solcher Gemeindeanstalten zur Zwangspflicht machen. Der Charakter der Zwangspflicht war schon in dem vor der Einführung der neuen Gemeindeordnung von 1927 geltenden Rechte teilweise umstritten, hat aber dazu noch seit Inkrafttreten derselben eine Aenderung erfahren, sodaß ein Versuch, die Zwangspflicht nach dem früheren, insbesondere aber nach dem jetzt geltenden Rechte einer näheren Betrachtung zu unterziehen, eine dankbare Aufgabe sein dürfte.

1. Abschnitt.

Begriff und rechtliche Natur des Benutzungszwanges im allgemeinen.

§ 1.

Begriff und Arten des Benutzungszwanges.

Das Recht zur Aufstellung einer Zwangpflicht für die Benützung einer öffentlichen Anstalt ist (ganz allgemein betrachtet) die Befugnis einer öffentlichen Körperschaft von jemand zu verlangen, daß er von einer öffentlichen Anstalt Gebrauch mache, und diesen gegebenenfalls zur Benutzung der betreffenden Anstalt zu zwingen.

So einfach und klar die obige Definition des Zwanges zur Benützung einer Anstalt im allgemeinen zu sein scheint, so ergeben sich doch schon hier verschiedene Möglichkeiten der Auffassung des Begriffes:

1. Jellinek unterscheidet in seinem „Verwaltungsrecht“[1]) zwischen negativem und positivem Benutzungszwang. Der negative Benutzungszwang besteht darin, daß das Gesetz nicht die Benutzung einer bestimmten öffentlichen Anstalt verlangt, sondern die Benutzung einer anderen Anstalt als der vorhandenen öffentlichen verbietet. Als Beispiel führt Jellinek den Zwang zur Benutzung gemeindlicher Schlachthäuser an: „Jedermann kann seine Tiere sterben lassen, er muß sie nicht schlachten, wenn er sie aber schlachten will, dann muß er die gemeindliche Anstalt benützen.“

2. der positive Benützungszwang ist nach Jellinek derjenige, der von jedem unbedingt verlangt, daß er die Anstalt benütze (auch wenn er selbst nicht will). Das Beispiel hiefür ist nach Jellinek der Schulzwang: Es steht dem Kinde nicht frei, ob es die Schule besuchen will oder nicht, sondern es muß die Schule unbedingt besuchen.[2]) Ein solcher positiver

---

[1]) *Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 494.*

[2]) *Für unsere Verhältnisse ist das nicht richtig; bei uns ist einmal die Schulpflicht, soweit sie die Volksschule betrifft, eine Pflicht der Eltern und nicht der Kinder; zum anderen aber besteht nicht ein Volksschulzwang als solcher, sondern vielmehr nur ein Unterrichtszwang.*

Benutzungszwang einer Anstalt existiert m. W. in Bayern überhaupt nicht; man kann sich ihn aber leicht selbst konstruieren, wenn man in obigem Beispiel des Schulzwanges annähme, daß zum Zweck des Unterrichts notwendigerweise die öffentliche Volksschule besucht werden muß; dies wäre dann positiver Benutzungszwang im Sinne Jellineks.

Jellinek kennt mit seiner Unterscheidung nur einerseits den Zwang gegen eine Person, eine Tätigkeit unter allen Umständen auszuführen oder ausführen zu lassen und hiezu eine Anstalt zu benützen, und den Zwang gegen eine Person eine Tätigkeit dann in der Anstalt vorzunehmen oder vornehmen zu lassen, wenn sie diese betreffende Tätigkeit vornehmen will.

3. Dazwischen liegt jedoch noch ein drittes (und das gerade ist für die folgenden Untersuchungen von großer Wichtigkeit): es kann ein Benutzungszwang in der Weise statuiert werden, daß es nur verboten ist eine Tätigkeit durch einen anderen als die öffentliche Anstalt ausführen zu lassen oder für einen anderen vorzunehmen, daß aber jeder, der die Tätigkeit für sich selbst ausführen will, dies ungehindert tun kann.

Diese letzterwähnte, zwischen dem von Jellinek sogenannten positiven und negativen Benützungszwang liegende Art des Zwanges zur Benutzung einer öffentlichen Anstalt soll einstweilen Monopol genannt werden. Daß er das im strengen Sinn nicht ist, wird später dargelegt werden. Der monopolschaffende Benutzungszwang kann auch mit dem negativen zusammenfallen in den seltenen Fällen, in denen eine Tätigkeit des Einzelnen für sich selbst nicht möglich ist. Ein Beispiel hiefür bietet die Bayerische Brandversicherungsanstalt: für sie besteht negativer Benutzungszwang, da jeder, der sein Gebäude versichern lassen will (was ihm jedoch freisteht), es bei der Brandversicherungsanstalt versichern lassen muß. Entgegenstehende Verträge mit anderen Versicherungsanstalten oder -unternehmungen sind nichtig (Art. 2 Brandversicherungsgesetzes vom 3. 4. 1875). Zugleich besteht aber auch monopolschaffender Teilnahmezwang, da es zum Begriff der Versicherung gehört, daß diese ein anderer als der Versicherte selbst gewährt; denn wenn jemand für sich Geld zurücklegt für den Fall eines eventuellen Schadens, dann ist das technisch keine Versicherung.

Eine weitere Unterscheidung ist die in tatsächlichen und rechtlichen Benutzungszwang von Anstalten.

1. Der rechtliche Benutzungszwang wird geschaffen durch eine Vorschrift, die den Einzelnen in irgend einer der vorerwähnten drei Formen eine gemeindliche Anstalt zu benützen gebietet. Die betreffende Person wird dann durch die Vorschrift selbst zur Inanspruchnahme der Anstalt gezwungen.

2. Der tatsächliche Benutzungszwang kommt darin zum Ausdruck, daß eine Norm, die an sich nicht einen Benutzungszwang festlegen will, doch einen Zustand schafft, der dem Einzelnen die Möglichkeit der freien Wahl bei der Inanspruchnahme einer Anstalt benimmt. Laforet bringt für die letztere Art das folgende Beispiel:[3]) Wenn sich die Gemeinde ein Monopolrecht auf Wasserleitungen vorbehalten hat, dann ist damit kein rechtlicher (positiver oder negativer, d. V.) Benutzungszwang geschaffen. Jeder kann sich selbst Brunnen oder auch Wasserleitungen anlegen, wenn er die wassergesetzlichen Bestimmungen einhält und gegen die Beschaffenheit des Wassers nichts zu erinnern ist; er braucht erst die Anstalt zu benützen, wenn er entweder sich von anderen Wasser beschaffen oder an andere solches abgeben will. Ist die Beschaffung einwandfreien Trinkwassers dem Einzelnen jedoch nicht möglich, mußten z. B. sämtliche Privatbrunnen aus gesundheitspolizeilichen Gründen geschlossen werden, so führt hier das Monopolrecht der Gemeinde zum tatsächlichen Benutzungszwang, da ja der einzelne Gemeindeangehörige ohne Wasser nicht auskommen kann.

Wir kommen nun noch zu der für uns besonders wichtigen Frage des gemeindlichen „Monopols". Unter Monopol ist nach Hans Goldschmidt[4]) „eine Vorzugsstellung zu verstehen, welche zugunsten des Inhabers des Monopols bei der Veräußerung oder beim Erwerb von Gütern fremden Wettbewerb beschränkt oder ausschließt." Diese Difinition ist wohl im allgemeinen zutreffend. Monopol ist in der Tat etwas Wirtschaftliches; der Ausschluß anderer von der Veräußerung, vom Erwerb von Gütern oder vom Betrieb eines Unternehmens dient in aller Regel dem Zwecke durch Ausschaltung der Konkurrenz dem Inhaber des Monopols einen besonderen Gewinn zukommen zu lassen. Gerade das aber ist es, was bei den öffentlichen Anstalten im allgemeinen, bei den gemeindlichen Anstalten aber fast durchweg nicht in Betracht kommt; diese Anstalten dienen nicht fiskalischen Zwecken,

---

[3]) *Laforet, a. a. O., Anm. 28d zu Art. 44 Abs. 6 n. GO., S. 506 ff.*

[4]) *Art. „Monopol" im HWR. IV, S. 117.*

sondern Zwecken der allgemeinen Wohlfahrt der Untertanen bezw. Gemeindeangehörigen.[5]) Kommunale Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke bezielen in erster Linie die Befriedigung des Bedarfs der Verbraucher, kommunale Straßenreinigungs- und Unratabfuhranstalten sowie Schlachthöfe sind noch mehr wie die eben erwähnten Anstalten zu Wohlfahrtszwecken geschaffen. Der Ausdruck „Monopol" ist also für die oben angeführte Art des Benutzungszwanges öffentlicher Anstalten nicht ganz am Platz. Weiß und mit ihm Goldschmidt[6]) sprechen in diesen Fällen von „monopoloiden Bildungen".

(Die beiden Ausdrücke werden übrigens später entbehrlich werden, wenn der Begriff und die rechtliche Natur des Benutzungszwanges ganz klar gestellt sind; bis dahin soll der Begriff Monopol noch gebraucht werden.)

Auch unter den Monopolen ist wieder zu unterscheiden zwischen tatsächlichen und rechtlichen. Der Unterschied gründet sich auf ähnliche Gedankengänge wie der zwischen tatsächlichem und rechtlichem Benutzungszwang. Ein tatsächliches Monopol entsteht, wenn durch eine Rechtsvorschrift, die nicht die Schaffung eines Monopols im Auge hat, erreicht wird, daß tatsächlich jeder, der eine Tätigkeit vornehmen lassen will, diese durch eine staatliche oder gemeindliche Anstalt vornehmen lassen muß. Ein Beispiel hiefür bietet RGZ. 79, 224 ff.: Eine Ueberlandzentrale[7]) lieferte nur den Abnehmern Strom, die zur Installation ihre Vertragsfirmen benützten. Die Ueberlandzentrale wollte hier nicht bestimmen, daß jeder, der sich eine elektrische Leitung legen lassen wollte, die Vertragsfirmen des Elektrizitätswerks in Anspruch nehmen mußte. Die nicht zu diesen Firmen gehörigen Installateure konnten ungehindert Installationen vornehmen; die Personen, die einen Leitungsanschluß wünschten, konnten sich anderer als der Vertragsfirmen bedienen; indem aber das Elektrizitätswerk denen, die sich anderer als der Vertragsfirmen bedient hatten, die Abgabe von Strom versagte, schuf es tatsächlich für die Vertragsfirmen ein Installationsmonopol. Ganz ähnlich ist es bei Schaffung eines Benutzungszwanges durch Polizeiverordnungen. Die Polizeiverordnungen bezwecken durchaus nicht der Gemeinde ein Ausschlußrecht

---

[5]) *Vgl. insbesondere unten § 5, S. 25 ff., insbes. S. 28.*

[6]) *Siehe Art. „Monopol" im HWStW VI., S. 620 ff. (F. X. Weiß) und Goldschmidt, a. a. O., S. 118.*

[7]) *Aehnlich wie hier bezügl. eines Gaswerks: Reger 16, 221 (Pr. OVG. v. 22. 12. 92.).*

für ein bestimmtes Unternehmen zu verschaffen; sie haben rein polizeiliche Zwecke im Auge (Gesundheits-, feuerpolizeiliche usw.). Wenn sie nun aufgrund dieser Erwägung die Benutzung einer anderen Anstalt als der gemeindlichen verbieten, so entsteht dadurch ein tatsächliches Gemeindemonopol oder sogar ein tatsächlicher negativer Benutzungszwang.

Ein rechtliches Gemeindemonopol wird unmittelbar durch einen Rechtssatz geschaffen, der es verbietet sich zur Ausführung einer Tätigkeit eines anderen Unternehmens oder einer anderen Anstalt zu bedienen als der gemeindlichen, während jeder, der die Tätigkeit für sich selbst vornehmen kann und will, dies ungehindert tun kann. Wir werden später in Art. 44 Abs. 6 n. G O. eine Bestimmung der letzteren Art kennen lernen.

§ 2.

Rechtliche Natur des Benützungszwanges.[8])

Die rechtliche Natur des Zwanges zur Benützung öffentlicher Anstalten kann eine doppelte sein: der Benutzungszwang kann sich gründen einmal auf Vorschriften polizeilicher Art, dann aber auch auf Vorschriften, die aus dem Rechte der Gemeinde hervorgehen, die Anstaltsnutzung zu regeln. Diese sehr wichtige, aber auch sehr schwierige Unterscheidung bedarf einer näheren Betrachtung, vor allem einer Darlegung der Begriffe der ortspolizeilichen Vorschrift und der örtlichen Satzung.

Der Polizeibegriff hat sich erst ganz allmählich zu seiner heutigen Bedeutung entwickelt. Früher bezeichnete man mit „Polizey" jede Tätigkeit des Staates auf dem Gebiete der Verwaltung; die Wohlfahrtspflege war dabei inbegriffen. Erst im 18. Jahrhundert wurde gegen diese absolutistische Auffassung Front gemacht,[9]) und vor allem die Menschen- und

---

[8]) *Vgl. hiezu Jellinek, a.a.O., S. 407 ff., Fleiner, Institutionen 8. Auflage, S. 387 ff., O. Mayer, Verwaltungsrecht, I, S. 203 ff., II, S. 491.*

[9]) *Von grundlegender Bedeutung für die Wandlung des Polizeibegriffs war vor allem die Lehre Johann Stephan Pütters in Institutionen jur. publ. germ., § 331: „Promovendae salutis cura proprie non est politiae." Positiv bestimmte Pütter den Polizeibegriff als: „ea supremae potestatis pars, qua exercetur cura avertendi mala futura in statu reipublicae interno" (S. Jellinek, a.a.O. S. 408).*

Bürgerrechte der französischen Revolution taten ihr Uebriges, um den alten Polizeibegriff umzustürzen.

Die nun entstehende Auffassung von den Zwecken und Zielen der Polizei fand ihren Niederschlag im preußischen Allgemeinen Landrecht (ALR.) § 10 Teil II Titel 17, welcher lautet: „Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publico oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahren zu treffen ist das Amt der Polizey." Diese Bestimmung des ALR. gilt für Preußen heute noch, der darin enthaltene allgemeine Polizeibegriff hat sich heute überall eingebürgert. Die Aufgabe der Polizei ist danach eine doppelte: Sorge für Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und Abwendung von Gefahren des täglichen Lebens.[10]) Die Wohlfahrtspflege ist also jetzt aus dem Begriff der Polizei ausgeschieden.[11])

In der heutigen bayerischen Rechtssetzung kommen die gleichen Begriffe wieder vor. So hat das Gemeindeedikt von 1818 sämtlichen Polizeibehörden „die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung" als Aufgabe gegeben. Bei der Errichtung der Polizeidirektion Nürnberg-Fürth im Jahre 1923 wurde in der Verordnung der Polizeidirektion „die Sorge für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, insbesondere die Handhabung der Sicherheitspolizei zum Schutze des Staates und der bestehenden Staatseinrichtungen, die Verhütung und polizeiliche Verfolgung strafbarer Handlungen"[11a]) übertragen. Die neueste Bestätigung hat der Polizeibegriff des ALR. in Bayern gefunden in der Begriffsbestimmung der „Ortspolizei"[12]), in

---

[10]) *Friedrichs, Polizeigesetz, vor § 1, Anm. 14.*

[11]) *Siehe hierüber die Literatur oben Anm. 8, ferner Friedrichs, a.a.O., vor § 1, Anm. 10, S. 6.*

[11a]) *VO über die Errichtung einer Polizeidirektion Nürnberg-Fürth (GVBl. 1923, S. 282); ähnlich: Bekanntmachung über den Wirkungskreis der Pol.-Dir. Nürnberg-Fürth GVBl. 1923, S. 370).*

[12]) *Die Auslegung dieser Bestimmung sollte wohl zuerst der Wissenschaft überlassen werden, wurde aber dann doch in die Gemeindeordnung selbst aufgenommen. Sie wurde zugleich auch von Art. 28 in Art. 51 der Gemeindeordnung versetzt, was unbedingt im Interesse der systematischen Klarheit erforderlich war. Siehe Beilage 1024 zu den Landtagsverhandl. 4. Tagung, 26/27, Bd. VII, S. 32/33.*

der neuen bayerischen Gemeindeordnung von 1927. Ortspolizei ist nach Art. 51 n. GO. „die Sorge der Gemeinde für die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit und der Vollzug der die Polizei betreffenden Gesetze und Vorschriften im Gemeindebezirk." Wenn Woerner schreibt: „Ortspolizei bezieht sich nur auf „Vollzug der . . . Vorschriften", dagegen kann das Wort Ortspolizei nicht auf die „Sorge für . . . . . Sicherheit" bezogen werden, weil diese Sorge auch Tätigkeiten umfaßt, die sich nicht in Zwangsmaßnahmen äußern," so ist das nicht anzuerkennen. Denn der Regierungsentwurf übertrug den Gemeinden ,,die Ortspolizei und den Vollzug der . . . . Vorschriften"; damit war eigentlich gerade der „Vollzug der . . . Vorschriften" aus dem Kreis der Ortspolizei ausgeschlossen. Erst in der endgültigen Fassung des Gesetzes wurde das Wort Ortspolizei in Klammer hinter dem ganzen Satze eingefügt. Die Ortspolizei ist also eine auf den Gemeindebezirk beschränkte und den Gemeinden übertragene an sich staatliche Aufgabe.

Kahr[13]) bezeichnet die Polizeiverwaltung der Gemeinden (also die Ortspolizei, die in der Gemeindeordnung von 1869 noch nicht durch das Gesetz selbst definiert war) als „diejenige staatliche (den Gemeinden übertragene) Tätigkeit, wodurch der Staat sich selbst, seine Einrichtungen und seine Angehörigen, insoweit sich diese nicht selbst zu schützen vermögen, gegen Gefährdungen durch Menschen wie durch natürliche Gefahren, nötigenfalls unter Anwendung der ihm zu Gebote stehenden Zwangsgewalt schützt".[14])

Die Regelung der durch die Ortspolizei zu ordnenden Verhältnisse geschieht durch ortspolizeiliche Vorschriften.[15]) Diese sind von den Gemeinden kraft staatlicher Uebertragung für das Gemeindegebiet erlassene Rechtsverordnungen, die sich an alle der staatlichen Gewalt unterworfenen Personen wenden.[16]) Sie sind von der Gemeinde gesetztes staatliches

---

[13]) *Kahr, Gemeindeordnung, S. 815.*

[14]) *Die Zwangsgewalt gehört also nach Kahr nicht notwendig zum Polizeigriff. Siehe dagegen Friedrichs, a.a.O., Anm. 10 S. 6.*

[15]) *Fleiner sagt allgemein: „Handhabung der Polizeigewalt ist Vollziehung der Polizeigesetze durch die zuständigen Organe (Polizeibehörden) und zwar durch den Erlaß von Polizeiverordnungen und Polizeiverfügungen."*

[16]) *Friedrichs, a.a.O., Anm. 4. zu § 5, S. 74. Jebens, Pr VBl. 19, 126.*

Recht. (In Bayern speziell werden die ortspolizeilichen Vorschriften vom Gemeinderat erlassen; in kreisunmittelbaren Gemeinden unter Umständen auch von einem beschließenden Ausschuß.)

Die Polizei als Glied der Verwaltung hat ihre Vorschriften nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung[17]) zu richten; es gibt keine Verwaltungstätigkeit ohne gesetzliche Grundlage; es gibt also auch keine polizeilichen Vorschriften ohne gesetzliche Delegation. Was die Delegation zur Erlassung von ortspolizeilichen Vorschriften anlangt, so ist eine genaue Untersuchung dieser Frage hier nicht möglich. Es mag genügen den Streit der Meinungen anzuführen und die Folgerungen daraus zu ziehen. In Preußen bildet § 10 II 17 ALR. die Generalklausel für Polizeiverfügungen und (nach herrschender Ansicht) auch für Polizeiverordnungen.[18]) In Bayern ist der Zustand etwas unsicherer. Teilweise wird der Grundsatz der Spezialdelegation für alle Fälle von Polizeiverordnungen und -verfügungen vertreten.[19]) In neuerer Zeit vertritt Eichner[20]) die Ansicht, daß im allgemeinen auch für Bayern der Grundsatz der Generaldelegation anzunehmen sei. Er begründet dies mit historischen Erwägungen; diese Generalklausel habe sich durch ständige Rechtsüberzeugung weitergebildet in ähnlicher Gestalt und mit ähnlichem Inhalt wie § 10 II 17 ALR. Art. 102 AG STPO. bildet die Generalkausel nicht, da er nur für das Polizeistrafrecht Bedeutung hat. Die n. GO. Art. 51, Abs. I scheint der Ansicht Eichners zu folgen, wie auch die früheren oben angeführten Gesetze und Verordnungen, die den allgemeinen Ausdruck der „öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Ruhe" gebrauchen, in dieser Richtung sich bewegen. Der Streit für unsere Betrachtung insofern ohne große Bedeutung, als der Benutzungszwang, soweit er durch ortspolizeiliche Vorschriften eingeführt wird, immer durch bewehrte Polizeiverordnungen geschaffen wird; für diese vertritt aber auch Eichner den Standpunkt der Spezialdelegation. Auf jeden

---

[17]) *Nawiasky, Bayer. Verfassungsrecht, S. 384 ff.*

[18]) *Siehe Friedrichs, a.a.O. vor § 1, Anm. 12, S. 7, woselbst weitere Literaturangaben.*

[19]) *So z. B. von Schiedermair, Polizeistrafgesetzbuch, S. 6, Anm. zu Art. 1; Fleiner, a.a.O., S. 211 ff.; Nawiasky, BV Bl. 1926, 385. Vgl. die Darstellung bei Jellinek, a.a.O. S. 121.*

[20]) *Die Grundlagen der Präventivpolizei nach der bayerischen Rechtsentwicklung, § 1, S. 2 ff.; § 2, S. 16 ff.*

Fall müssen also die ortspolizeilichen Vorschiften, welche einen Benutzungszwang für gemeindliche Anstalten statuieren, in Bayern eine spezielle gesetzliche Ermächtigung als Grundlage haben. Daß das richtig ist, wird von Laforet insofern bestätigt, als er unter ortspolizeilichen Vorschriften nur solche begreift, die Polizeivorschriften mit Strafandrohung im Sinn von Art. 3 ff. PSTGB. sind, nicht dagegen sonstige polizeiliche Anordnungen.[21])

Der Zwang zur Benutzung von gemeindlichen Anstalten kann auch beruhen auf dem Rechte der Gemeinde, die Anstaltsverhältnisse selbständig zu regeln, und zwar durch örtliche Satzungen. Das Recht örtliche Satzungen zu erlassen ergibt sich nach Fleiner (S. 79 ff.) aus der den Selbstverwaltungskörpern, die dem Staate eingegliedert sind, zu eigenem Rechte zustehenden Verbandsgewalt; d. i. Selbstgesetzgebungsrecht, Autonomie. Bereich und Schranke der Autonomie bestimmt die staatliche Gesetzgebung. Dabei ist es gleichgültig, ob die öffentliche Körperschaft nur berechtigt oder auch verpflichtet sein soll, eine Satzung aufzustellen. Persönliche Schranke für die Satzung ist im allgemeinen der Kreis der Mitglieder des die Satzung erlassenden Verbandes, sachliche Schranke der Bereich der eigenen Angelegenheiten des Verbandes, der Geschäfte der Selbstverwaltung (außer wenn, wie in Bayern, die Beschränkung eine noch weitergehende ist: Art. 26 Abs. I n. GO.)

Es ist also den Gemeinden die Befugnis gegeben, ihre eigenen Angelegenheiten, die Benutzung ihrer Anstalten, Einrichtungen, Betriebe usw. durch eigene Gesetze, durch selbstgesetztes Recht kraft der gemeindlichen Autonomie zu regeln.[22]) Solche Satzungen sind Rechtssätze, die die Gemeinde innerhalb ihres eigenen Wirkungskreises geschaffen hat. Sie sind Rechtssätze[23]) gerade so wie ortspolizeiliche Vorschriften.

---

[21]) *Laforet, Gemeindeordnung, Anm. 14 zu Art. 51, S. 584.*

[22]) *Siehe Oertel, Kommentar zur Preuß. Städteordnung zu § 11, S. 74 ff. über den Begriff der Satzung vgl. Dr. Schultz, Pr. VBl. 19, S. 13 ff.*

[23]) *Daß die Satzung objektives und nicht subjektives Recht schafft, ist in RGZ 51, 62 ausgeführt; das Reichsgericht tritt damit aber in Gegensatz zum bayr. Verwaltungsgerichtshof, der das Verhältnis zwischen Gemeinden und Anstaltsnutzern trotz erlassener Satzung als ein vertragsähnliches oder sogar vertragliches betrachtet. Daß aber die Ansicht des VGH. nicht zutrifft, wird später dargelegt.*

Sie binden auch innerhalb des Gemeindegebietes jeden Gemeindeangehörigen, unter Umständen aber auch einen weiteren Personenkreis. Nach der früheren Gemeindeordnung von 1869 stand gemäß Art. 84 den Gemeinden allgemein das Recht zu, innerhalb ihrer Zuständigkeit statutarische Bestimmungen zu erlassen, sodaß, wie Kahr in Anm. 3 zu Art. 84 der früheren rechtsrheinischen Gemeindeordnung anführt, „die Gemeinden die Befugnis hatten, innerhalb ihres Wirkungskreises (also in eigenen Gemeindeangelegenheiten) statutarische Regelungen zu treffen, so zwar, daß diese Befugnis, auch wenn die Gemeindeordnung treffenden Ortes nicht ausdrücklich auf statutarische Bestimmungen verwies, Platz griff, wo immer das Gesetz selbst den Gegenstand nicht oder nicht erschöpfend geregelt hatte." Dies hat sich jetzt geändet; Art. 26 Abs. I n. GO. gibt den Gemeinden das Recht, örtliche Satzungen zu erlassen nur, „wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht oder wenn die Gemeinden im Rahmen ihrer Aufgaben Vorschriften zu geben berechtigt sind."

Der Benutzungszwang, der durch Erlassung ortspolizeilicher Vorschriften geschaffen wird, wird künftig als polizeilicher Benützungszwang bezeichnet, der aus dem Rechte der Regelung der Anstaltsnutzung hervorgehende als satzungsmäßiger Benützungszwang.

Will man sich nun den Unterschied zwischen Satzung und ortspolizeilicher Vorschrift ganz klarmachen, so muß man auf Grund vorstehender Erwägungen etwa folgendes sagen:

1. Ortspolizeiliche Vorschrift ist eine Rechtsverordnung, die kraft staatlicher Uebertragung (im übertragenen Wirkungskreis)[24]) von der Gemeinde erlassen wird; sie ist von der Gemeinde gesetztes staatliches Recht. Ortsstatut ist von der Gemeinde im eigenen Wirkungskreis kraft der gemeindlichen Autonomie erlassenes Gemeindegesetz gemeindliches Recht).[25])

---

[24]) *Daß die Handhabung der Ortspolizei als Recht der Gemeinde, als Selbstverwaltungsrecht betrachtet wird, ist für die Frage der Natur der ortspolizeilichen Vorschriften nicht von Bedeutung.*

[25]) *Fleiner, a.a.O., S. 79: „Die Satzung fließt aus einer vom Staate anerkannten Rechtssetzungsgewalt des Verbandes, sie ist originäre Rechtssetzung, die Verordnung dagegen empfängt ihre Kraft von einem Auftrag des staatlichen Gesetzgebers, sie ist delegierte Rechtssetzung." Vgl. noch VGH 46, 19.*

2. Die ortspolizeiliche Vorschrift dient, entsprechend dem Zweck der Polizei im allgemeinen und der Ortspolizei im besonderen, der Verhütung von Gefährdung der Menschen durch Menschen und natürliche Ereignisse und der Erhaltung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Ruhe. Die Satzung dient der Ordnung gemeindlicher Angelegenheiten, insbesondere der Festlegung der Benutzungsbedingungen für gemeindliche Anstalten, Einrichtungen und Unternehmungen und des Verhältnisses zwischen diesen Anstalten und ihren Benützern und damit den allgemeinen Zwecken der Gemeinde für das Wohl ihrer Angehörigen zu sorgen. So klar diese Unterscheidung theoretisch aussieht, so schwierig ist sie praktisch durchzuführen, da einerseits vielfach beide Arten von Rechtssätzen von dem gleichen Organ erlassen werden, andererseits gemeindliche und polizeiliche Angelegenheiten oft schwer auseinanderzuhalten sind.[26])

3. Für Bayern wäre schließlich noch die Unterscheidung zu nennen, daß ortspolizeiliche Vorschriften, welche eine fortdauernd geltende Anordnung enthalten, der Vollziehbarkeitserklärung durch die Kreisregierung bedürfen. (Art. 6 PStGB.), Ortssatzungen dagegen ohne Genehmigung (außer in den Fällen des Art. 44 Abs. 6 n. GO., siehe unten) Gültigkeit besitzen. Da dies jedoch nur eine Folge davon ist, ob man es mit einer ortspolizeilichen Vorschrift oder einer Satzung zu tun hat, so ist dieser Punkt als Unterscheidungsmerkmal nicht verwendbar. Daß ihm aber in anderer Beziehung praktische Bedeutung zukommt, ist gleich zu erörtern.

Laforet[27]) hat nämlich, da der Unterschied zwischen ortspolizeilichen Vorschriften und Ortssatzungen praktisch so gering ist und die erlassenden Organe sogar meistens identisch sind, daraus geschlossen, daß unbedenklich in eine Satzung, welche den Benützungszwang für eine Gemeindeanstalt statuiert, auch eine ortspolizeiliche Vorschrift mit weitergehender Regelung des Benützungszwanges (das Nähere wird erst in § 4 dargelegt) aufgenommen werden könne,[28]) hat

---

[26]) *Vgl. hiezu Dr. Schultz, a.a.O., S. 16, und Friedrichs, a.a.O., S. 78, Anm. 9 zu § 5.*

[27]) *a.a.O., Anm. 28d zu Art. 44, S. 506. Ferner Sauter, a.a.O., S. 32.*

[28]) *Ein ähnlicher Gedanke ist für das alte Recht (vor dem Selbstverwaltungsgesetz) in Bl f a Pr. 30, 325 ausgesprochen, den man hier zur Not noch gelten lassen kann,*

aber andererseits betont, daß die ortspolizeiliche Vorschrift, die die Bewehrung der Satzung bildet (nach Art. 44 Abs. 4 der n. GO.) von der Satzung zu trennen sei.[29]) Ich halte diese Unterscheidung für unbegründet und inkonsequent. Ist es schon nicht ratsam in eine keinen Benutzungszwang festlegende Ortssatzung eine ortspolizeiliche Vorschrift aufzunehmen, so geht es erst recht nicht an, den durch die Ortssatzung geschaffenen Benutzungszwang durch eine in dieser Satzung enthaltene ortspolizeiliche Vorschrift zu ergänzen. Denn nach Art. 44 Abs. VI n. GO. bedarf die einen Benutzungszwang schaffende Satzung der staatsaufsichtlichen Genehmigung, also bei unmittelbaren Gemeinden der Genehmigung der Kreisregierung, bei mittelbaren der Genehmigung des Bezirksamtes, die ausdrücklich erklärt werden muß. Die ortspolizeiliche Vorschrift bedarf nach Art. 6 PStGB. der Vollziehbarkeitserklärung der Kreisregierung (und zwar auch bei mittelbaren Gemeinden), die dann als abgegeben gilt, wenn innerhalb 30 Tagen von der Kreisregierung keine Antwort einläuft, (Art. 6 Abs. 3 PStGB.) Es kann das zu solchen Verwirrungen führen, daß es sich wahrlich nicht empfiehlt die ortspolizeiliche Vorschrift (gleichgültig welchen Inhalts sie ist) in die örtliche Satzung aufzunehmen.

---

weil unter der Herrschaft des früheren Rechtes sowohl polizeiliche Vorschrift wie Gebührenregelung der Genehmigung bedurften.

[29]) *Laforet, a.a.O., S. 500. Für die Trennung auch Kahr I, Seite 429. Ferner BljaPr. 20, 232; hier ist auch der Grundgedanke angegeben, der auch heute noch für eine Trennung von ortspolizeilichen Vorschriften und Satzungsbestimmungen in Betracht kommt, auch wenn sie nicht nur die Sicherung der Gebühren betreffen.*

2. Abschnitt.

§ 3.

Entwicklung des Benutzungszwanges bis zum neuen Gemeinderecht.

Die Entwicklung des Zwanges zur Benutzung gemeindlicher Anstalten hängt entsprechend der oben bereits erörterten Natur desselben einerseits eng mit der schon angedeuteten Entwicklung des Polizeibegriffs, andererseits mit der Entwicklung der öffentlichen Gemeindeanstalten zusammen.

Der Benutzungszwang ist, wie die Gemeindeanstalten selbst, ein verhältnismäßig junges Rechtsinstitut. Gemeindeanstalten im heutigen Sinn sind überhaupt erst denkbar seit dem Aufkommen der Selbstverwaltung. Zur Zeit des Polizeistaates konnte es noch keine Anstalten der Gemeinden zur Erfüllung der von Gemeinden zu verfolgenden öffentlichen Zwecke geben. Stier-Somlo schreibt ganz zutreffend im Artikel „Gemeinde" im HWR. II, S. 664: „Was früher im Mittelalter als „Selbstverwaltung" bezeichnet wurde, war die Durchsetzung des germanischen Rechtsgrundsatzes der Genossenschaft. Aber auch diese genossenschaftliche Selbstverwaltung ging zugrunde mit dem Aufkommen der Landeshoheit; die Städte waren nur staatliche Verwaltungsbezirke. Die Städte galten als privatrechtliche Gesellschaften, ihre Satzungen als Verträge. Erst die Stein-Hardenberg'schen Reformen des Städtewesens[30]) bahnten die Wiederaufrichtung der Selbstverwaltung der Gemeinden wieder an. Damit wurde der Grund gelegt für die eigenrechtliche Tätigkeit der Gemeinden" und (so wird man weiter sagen müssen) zugleich auch für die Entstehung von gemeindlichen Anstalten und Einrichtungen. In Bayern wird um diese Zeit zum erstenmal der Ausdruck Anstalten in Beziehung zum Gemeinderecht gebraucht im Gemeindeedikt[31]) vom 17. 5. 1818. Unter den Mitteln zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes der Gemeinde sind u. a. auch genannt „Localstiftungen und Anstalten" (in § 24). Im gleichen Edikt wird den Gemeinden auch die Ausübung der

[30]) *Die Städteordnung vom 19. 11. 1808 bildete den Anfang dieser Entwicklung.*

[31]) *„Verordnung die künftige Verfassung und Verwaltung der Gemeinden im Königreich betreffend" (GBl. 1818, S. 49, 139, Weber, Gesetz- und Verordnungensammlung I, S. 555).*

(Orts-)Polizeigewalt übertragen (§ 67 ff.). Eine Aufstellung einer Zwangspflicht zur Benutzung gemeindlicher Anstalten war von da an wohl möglich geworden.

Wie sollte nun aber der Benutzungszwang begründet werden, wenn die Gemeinden ihn einführen wollten?

Man dachte da zuerst an die Befugnisse der Polizeigewalt zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Ruhe und leitete daraus ein Recht der Polizeibehörde ab, von den Untertanen zu verlangen, daß sie eine bestimmte gemeindliche Anstalt ausschließlich benützten, und ihnen die Benützung einer anderen privaten Anstalt der gleichen Art zu verbieten. Das ging in Preußen einfacher als in Bayern, weil, (wie schon oben angeführt) für Preußen § 10 II 17 ALR. die allgemeine Grundlage zum Erlaß von Polizeiverordnungen und -verfügungen abgab, während man in Bayern (nach allgemein herrschender Ansicht) eine spezielle gesetzliche Ermächtigung zum Erlaß einer (bewehrten) polizeilichen Vorschrift haben mußte.

Dieser Zustand ist im wesentlichen geblieben bis auf die Zeit des Inkrafttretens der neuen Gemeindeordnung von 1927. Man hat bis dahin den Benutzungszwang gemeindlicher Anstalten nur auf Grund von polizeilichen Vorschriften für zulässig gehalten.[31a])

Daß im Lauf der Zeit aber eine Tendenz allmählich sich bemerkbar machte und auch jetzt noch wirkt, die dahin geht, daß die Befugnisse der Ortspolizei auf Förderung kommunaler Wohlfahrtspflege ausgedehnt werden, hat Wolzendorff[32]) eingehend zu begründen versucht. Man muß sagen, daß tatsächlich eine solche Tendenz gerade in der Frage besteht, in welchem Umfang und unter welchen Bedingungen die Gemeinde als Ortspolizeibehörde die einzelnen zur Benützung einer gemeindlichen Anstalt zwingen kann. Daß es nicht schon allein deshalb möglich ist, weil die Gemeinde durch die Schaffung der öffentlichen Anstalt diese zu einem Teil der „öffentlichen Ordnung" gemacht hat, welche zu schützen „das Amt der Polizey" sei, ist klar; denn die öffentliche Ordnung im Sinn des Polizeirechts (§ 10 II 17 ALR.) ist etwas ganz anderes als die öffentlichrechtliche Ordnung des Staates und der Gemeinden, also die sog. Verwaltungsordnung; diese zu schützen ist die Polizei erst dann befugt, wenn Störungen der öffentlichen Ordnung im Sinn des Polizeirechts zu befürchten sind.

[31a]) *Vgl. z. B. VGH 20/21; 5 ff., 41, 21 u. a.*
[32]) *Wolzendorff im Verw. Arch. 21, S. 515 ff.*

Sie darf nicht im Interesse der mit der Aufgabe der Wohlfahrtsförderung betrauten Gemeinde auftreten, sondern nur in polizeilichem Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung.[33]) Es kann also formell-rechtlich nicht vorkommen, daß durch polizeiliche Maßnahmen Wohlfahrtspflege getrieben wird.

Tatsächlich aber, so behauptet Wolzendorff, kann kommunale Wohlfahrtspflege Ursache polizeilicher Beschränkungen der Einzelfreiheit sein, da sie den Boden für diese Beschränkungen abgibt, also auch ihre Ursache ist. Das ist sicher etwas zu weit gegangen, indem Wolzendorff hier den philosophischen Begriff der Ursache anwendet, nach dem auch die entfernteste Bedingung sich als Ursache darstellt. Die innere Ursache der persönlichen Freiheitsbeschränkungen sind und bleiben die polizeilichen Vorschriften; eine „Bedingung" ist natürlich die kommunale Wohlfahrtspflege insofern (aber auch nur insofern) als ein (polizeilicher) Benutzungszwang nur bei Vorhandensein einer (der öffentlichen Wohlfahrt dienenden) öffentlichen Anstalt zulässig ist. Die Tendenz zu einer Stärkung der polizeilichen Befugnisse zum Schutz kommunaler Anstalten besteht aber, wie gesagt, zweifellos.

So liegt z. B. auf dem Wege dieser Entwicklung die Auffassung, daß ganz allgemein die Polizei dann den Anschluß an eine gemeindliche Anstalt erzwingen könne, wenn deren Benützung allen Gemeindeangehörigen gesichert ist.[34]) Ein ähnlicher Gedanke liegt in der Lehre von der Anstaltspolizeibefugnis, die jede öffentliche Anstalt schon aus ihrem Wesen heraus allen in ihren Bannkreis Tretenden gegenüber habe.[35])

In der Rechtsprechung zeigt sich die erwähnte Tendenz in dem Bestreben nach Gründen zu suchen, die den Anschlußzwang rechtfertigen, selbst wenn diese Gründe ganz fadenscheinig sind, wie z. B. dann, wenn der Anschlußzwang an

---

[33]) *Jmmich, Preuß. VBl. 28, 216. Wolzendorff, a.a.O., S. 522 und PrVBl. 32, S. 259 und 751.*

[34]) *Es hängt dies mit der falsch verstandenen „öffentlichen Ordnung" zusammen. Vgl. oben.*

[35]) *O. Mayer, a.a.O., I, S. 263, 348 ff.; II, S. 335 ff. Fleiner, 2. Aufl. a.a.O., S. 288 ff. Wenn Fleiner aber hier die gleiche Ansicht vertritt wie in der 8. Auflage, so scheint Wolzendorff übersehen zu haben, daß er ausdrücklich auch für das anstaltspolizeiliche Eingreifen eine gesetzliche Grundlage wie bei jeder polizeilichen Anordnung verlangt.*

das kommunale Plakatwesen gegründet wird auf straßenpolizeiliche Erwägungen(!). „Man sucht eine möglichst weite rechtliche Grundlage für eine polizeiliche Unterstützung der im wohlverstandenen Interesse der Gemeinde errichteten kommunalen Veranstaltungen zu schaffen.[36])“

Die gleiche Tendenz macht sich auch in der Gesetzgebung bemerkbar. Schon das preußische Gesetz über den Schlachthofzwang vom 18. 3. 1886/9. 3. 1881 hat der Gemeinde das Recht gegeben den Schlachthauszwang einzuführen. Es ist das schon kein eigentliches polizeiliches Recht mehr, sondern ein der Gemeinde als solcher innewohnendes Recht. In der gleichen Entwicklungsreihe liegt die Bestimmung des § 74 des Entwurfs zu einer neuen preußischen Städteordnung, die ganz weitgehend den Gemeinden das Recht geben wollte die Benützung öffentlicher Gemeindeanstalten zur Zwangspflicht zu machen, wenn die Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung es fordert. Daraus ist deutlich zu ersehen, daß der Gemeinde hier ein polizeiliches Recht gegeben werden sollte, ein polizeiliches Recht in eigener Zuständigkeit, nicht im staatlichen Auftrag. Daß diese Bestimmung wieder gestrichen wurde, beweist aber, daß man dieser Tendenz nicht allgemein hat folgen wollen.[37])

Wenn nun Wolzendorff diese Entwicklung zu verteidigen sucht mit alten germanischen Rechtsgedanken der Genossenschaftlichkeit des Gemeinwesens, der Pflicht des Bürgers zum Wohle der Gemeinde mitzuhelfen und des Rechtes der Gemeinde den Bürger im Interesse seiner Wohlfahrt zu dieser Mithilfe zu zwingen, und dies als den Ueberrest einer „Gemeindepolizei“ auffaßt, so mag das vielleicht für Preußen zutreffen, obwohl es auch da zu bezweifeln ist (vgl. die Entfernung der auf polizeiliche Grundlage hinweisenden Bestimmung „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Ruhe“ aus dem Entwurf der preußischen Städteordnung). In Bayern ist aber von einer solchen Folgerung aus der im übrigen auch hier hervorgetretenen Entwicklungstendenz recht wenig zu verspüren; im Gegenteil, man hat auch in der neuen Gemeindeordnung wieder nicht nur die Polizei unverändert als eine grundsätzlich staatliche Aufgabe betrachtet, sondern mann hat auch die Möglichkeit der Verstaatlichung der Polizeiverwaltung überhaupt und im beson-

[36]) *Wolzendorff, a.a.O., S. 524.*
[37]) *Laforet, a.a.O., S. 503 und Woerner zu A. 44.*

deren in den unmittelbaren Städten bedeutend erleichtert[37a]) und auch praktisch von dieser Möglichkeit der Verstaatlichung erst in letzter Zeit durch Errichtung verschiedener staatlicher Polizeidirektionen Gebrauch gemacht. Wenn damit auch nur ein Teil der Polizei auf Staatsbehörden übergegangen ist, so kann man doch wohl behaupten, daß in der neuen Gemeindeordnung der Gemeinde jedenfalls nicht zu eigenem Rechte die Polizeiverwaltung übertragen werden sollte.

Damit kommen wir zu einem für die spätere Auslegung des Wesens des in Art. 44 Abs. 6 der neuen Gemeindeordnung festgelegten Benützungszwanges wichtigen Gedanken; es sollten den Gemeinden mehr Rechte als eigene Angelegenheit überlassen werden als bisher, man wollte ihnen aber keine polizeilichen Befugnisse zu eigenem Rechte übertragen, also keine „Gemeindepolizei" im Sinne Wolzendorffs schaffen. Welche Folgerungen daraus für die Beurteilung des Wesens des in Art. 44 Abs. 6 n. GO. festgelegten Benutzungszwanges zu ziehen sind, darüber siehe unten § 4.

Zur Entstehung des Art. 44 Abs. 6 n. GO. ist im einzelnen noch folgendes zu sagen:

Der Regierungsentwurf hatte vorgesehen die Möglichkeit der Schaffung eines Benutzungszwanges durch die Gemeinde für die fünf auch jetzt in Art. 44 Abs. 6 n. GO. aufgeführten Anstalten, dazu aber noch für die gemeindlichen Friedhöfe. Die sozialdemokratische Fraktion des Landtags stellte den Antrag, das Recht zur Einführung des Benutzungszwanges der Gemeinde mit Genehmigung der Staatsaufsichtsbehörde für alle Anstalten zu geben, wenn es die Rücksicht auf das öffentliche Wohl, die öffentliche Ordnung oder Sicherheit erfordere (das geschah im Anschluß an die oben erwähnte Bestimmung des Entwurfs zu einer neuen Preußischen Städteordnung), das Genehmigungserfordernis aber auszuschließen für die 6 im Entwurf genannten Anstalten; für die Gebührenregelung sollte nach dem Antrag die Genehmigungspflicht überhaupt wegfallen. Dieser Antrag wurde abgelehnt, da man den Gemeinden kein so weitgehendes Recht geben wollte.

Schließlich wurde im Verfassungsausschuß in erster Lesung den Gemeinden das Recht zur Regelung des Benutzungszwanges durch Satzung gegeben für die 6 erwähnten Anstalten, wovon aber 2 schon bei der Einführung des Benutzungszwanges der staatsaufsichtlichen Genehmigung bedürfen sollten, nämlich die Unratabfuhr- und Straßenreinigungsanstalt. Die Satzung

---

[37a]) *Vgl. Art. 51 mit 50 n. GO., ferner Art. 52, 55 n. GO.*

mit Einschluß der Gebührenregelung sollte bei allen 6 Anstalten der staatsaufsichtlichen Genehmigung bedürfen, gegen welche Bestimmung sich allerdings starker Widerspruch erhob. Später ließ man das Genehmigungserfordernis für die Einführung des Benutzungszwanges bei der Unratabfuhr- und der Straßenreinigungsanstalt fallen.

Nach dieser Fassung sollten also auch die gemeindlichen Friedhöfe unter die Bestimmung des Art. 44 Abs. 6 fallen. Es entspann sich eine lange Debatte im Ausschuß über die Frage, was dann eigentlich mit den kirchlichen Friedhöfen geschehen solle, deren Benutzung man doch nicht habe ausschließen wollen. Hierauf wurde der Bestimmung noch ein Zusatz angefügt „unbeschadet des Rechtes zur Benutzung auswärtiger oder kirchlicher Friedhöfe". Schließlich beseitigte man aber die Friedhöfe aus dem Art. 44 Abs. 6 überhaupt mit der Begründung, daß eine solche Bestimmung leicht Zweifel heraufbeschwören könne, eine Bestimmung, die dazu nicht einmal nötig sei, weil man auch bisher schon einen Benutzungszwang für gemeindliche Friedhöfe und Leichenhäuser (vorbehaltlich etwaiger konfessioneller) auf Grund polizeilicher Vorschriften einführen konnte (gemäß Art. 61 PStGB.). So erhielt die Bestimmung des Art. 44 Abs. 6 n. GO. ihre heutige Fassung, deren nähere Betrachtung die Aufgabe der folgenden Zeilen sein soll.

3. Abschnitt.

Der Benutzungszwang nach Art. 44 Abs. 6 n. GO. im besonderen.

1. Abteilung.

§ 4.

Begriff und rechtliche Natur dieses Benutzungszwanges.

Um den Begriff und die rechtliche Natur des in Art. 44 Abs. 6 n. GO. festgelegten Benutzungszwanges erfassen zu können, muß man die in den obigen §§ 1 und 2 gewonnenen Erkenntnisse auf den Wortlaut des Art. 44 Abs. 6 n. GO. übertragen.

Art. 44 Abs. 6 n. GO. lautet: „Die Gemeinden können durch Satzung die Benützung gemeindlicher Wasserleitungen, Kanalisationen und Schlachthöfe sowie gemeindlicher Anstalten zur Beseitigung des Unrats und zur Straßenreinigung zur Zwangspflicht machen, wenn . . . ."

Bezüglich der rechtlichen Natur dieses Benutzungszwanges erhellt schon aus dem Wortlaut des Art. 44 Abs. 6 n. GO. ganz klar, daß es sich hier nicht um einen polizeilichen, sondern um einen satzungsmäßigen Benutzungszwang handelt. Das bedeutet, daß der Benutzungszwang des Art. 44 Abs. 6 n. GO. aus dem Rechte der Gemeinde hervorgeht, die Verhältnisse ihrer eigenen Anstalten durch Ortsgesetz selbstständig im eigenen Wirkungskreis zu regeln (Selbstverwaltungsangelegenheit) und nicht eine in den Grundsätzen des Polizeirechts wurzelnde Befugnis der Gemeinde, kraft staatlicher Uebertragung in die Freiheit der Betätigung des Einzelnen einzugreifen darstellt (Auftragsangelegenheit). Drews[38]) hat für diese Art der Uebertragung von Rechten in Selbstverwaltung den Ausdruck Dezentralisation gebraucht, während er die Uebertragung als Auftragsangelegenheit Dekonzentration nennt.

Schwieriger gestaltet sich die Untersuchung darüber, welche Art von Benutzungszwang in Art. 44 Abs. 6 n. GO. aufgestellt werden sollte, ob ein positiver, negativer oder mono-

---

[38]) *Angeführt bei Laforet, a.a.O., Anm. 1 zu Art. 51, S. 577.*

polschaffender (siehe oben § 1.). Der positive Benutzungszwang kann von vornherein außer Betracht bleiben, da niemand daran gedacht haben kann, jeden Gemeindeangehörigen zu verpflichten die in Art. 44 Abs. 6 n. GO. angeführten Anstalten zu benützen, d. h. die durch die Anstalten ausgeführten Tätigkeiten zu verrichten und hiezu sich der gemeindlichen Anstalten zu bedienen.

Woerner[39]) schreibt auf die Frage, welchen Inhalt eigentlich die in der Gemeindeordnung begründete Zwangspflicht zur Benutzung habe: „Man sollte meinen, der Inhalt sei der, daß jedermann innerhalb des Gemeindebezirkes tatsächlich die Gemeindeanstalt usw. benützen muß und gleichartige private Anstalten nicht benützen darf, daß jedermann im Verwaltungszwangsverfahren zur tatsächlichen Benützung und, falls gleichwohl die Benützung unterblieben ist, zur Entrichtung der für die Benützung vorgesehenen Gebühren angehalten werden kann. Inwiefern man das letztere nicht „meinen" kann, wird später in § 12 dargelegt. Warum jedoch die andere Annahme nur zum Teil zutrifft, dafür gibt Woerner keine Erklärung, sondern schreibt nur, „es sei von Fall zu Fall der Natur der Sache nach unter Berücksichtigung der gesamten Gesetzgebung" der Inhalt des Benutzungszwanges bei den einzelnen Anstalten festzustellen. Zu diesem Behelf darf man aber bei der allgemeinen Fassung des Art. 44 Abs. 6 n. GO. wohl erst dann greifen, wenn sich kein allgemeiner Gesichtspunkt für alle Anstalten finden läßt. Ein solcher Gesichtspunkt kann aber gefunden werden, und zwar im wesentlichen in der Weise, wie Laforet den Inhalt des durch Art. 44 Abs. 6 n. GO. geschaffenen Benutzungszwanges (allerdings ohne nähere Begründung) bestimmt hat und wie er auch mit der Entstehungsgeschichte des Art. 44 Abs. 6 in Einklang steht.

Was Woerner als Annahme auf den ersten Blick anführt, wäre also der negative Benutzungszwang. Ein solcher kann sich aber auf polizeilichen Erwägungen aufbauen. Denn eine so weitgehende Beschränkung der persönlichen Betätigungsfreiheit kann im heutigen Staate, dem ein „Zwang zur Wohlfahrt" vollkommen fremd ist, nur einen polizeilichen Hintergrund haben.[40]) Eine polizeiliche Vorschrift kann aber nicht in einem Verfassungsgesetz der Gemeinde ihren Platz haben; man

[39]) *a.a.O., Anm. 48 zu Art. 44 S. 357 ff.*

[40]) *Der gleiche Gedanke findet sich bei Dr. Schultz, Jebens, Immich a.a.O.*

wollte auch eine solche nicht in die Gemeindeordnung aufnehmen, da man die beantragte Fassung des Art. 44 Abs. 6, in der von der „Herstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung" als dem typischen Polizeibegriff die Rede war, abgelehnt hat. (Siehe oben.) Wie wollte man sich übrigens praktisch die Betätigung der Staatsaufsicht vorstellen, wenn man Art. 44 Abs. 6, soweit er vom Benutzungszwang handelt, für eine polizeiliche Bestimmung ansähe? Sollte dann Art. 51 GO. allein für diese Bestimmung der Zwangspflicht gelten? Ich glaube, das würde zu großen Verwirrungen führen. Es bleibt somit nur die dritte Art des Benutzungszwangs übrig, nämlich die des monopolschaffenden.

Das Gesetz will in Art. 44 im allgemeinen das Recht der Gemeinde zum Betrieb von öffentlichen Anstalten und zu ihrer Regelung durch Ortsgesetz festlegen, im Abs. 6 aber im besonderen regeln, wie weit einer Gemeinde die ausschließliche Befugnis gegeben ist aus Gründen der örtlichen Gemeinschaft (also aus dem Rechte der Anstaltsregelung, nicht aus polizeilichen Gründen), allein bestimmte Leistungen zu gewähren und dafür Gebühren zu erheben.[41]) Das ausschließliche Recht Leistungen zu gewähren ist aber gerade der Inhalt des Monopolbegriffs. Es handelt sich also darum, wie weit den Gemeinden ein Monopolrecht auf den Betrieb bestimmter gemeindlicher Anstalten eingeräumt ist. Bis zum Inkrafttreten des neuen Rechtes wurde angenommen, daß eine solche Befugnis nur durch Polizeivorschriften geschaffen werden könne, dann aber auf Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Ruhe gestützt sein müsse. (Siehe oben § 3!) Die Folge war, daß jede dieser ortspolizeilichen Vorschriften auf eine spezielle gesetzliche Delegation gegründet sein mußte, z. B. bei der Straßenreinigung auf § 366 Ziff. 10 StGB.,[42]) beim Schlachthauszwang auf Art. 145 Ziff. 2 PStGB. und § 23 Abs. II GewO. usw.[43]). Dieses Erfordernis ist jetzt durch die allgemeine Ermächtigung des Art. 44 Abs. 6 der neuen Gemeindeordnung, soweit eine Statuierung eines Ausschlußrechtes, eines Gemeindemonopols in Frage steht, weggefallen. Eine eigenartige Stellung nimmt

---

[41]) *So weit wie der Entwurf zu einer Preuß. Städteordnung wollte man hiebei nicht gehen. (Siehe oben und Begründung zur n. GO., Beil. z. d. Landtagsverhandl. Bd. III, Beil. 1982 zur 3. Tagung 1925/26)*

[42]) *VGH. 41, S. 21 ff.*

[43]) *VGH. 39, S. 163 ff.*

der VGH. 18, S. 110 ff. ein, wo er die Gemeinde vermöge des ihr zustehenden Selbstverwaltungsrechtes für befugt erklärt, Anstalten usw. ins Leben zu rufen und deren Benützung durch Gemeindestatut zu regeln. „Es muß anerkannt werden, daß die Gemeinden vermöge ihres gesetzlichen Selbstbestimmungsrechtes im allgemeinen berechtigt sind, nicht bloß das Recht zur Benützung ihrer Anstalten zu regeln, sondern die Benützung der letzteren auch zur Zwangspflicht zu machen. Es ist dies in Art. 159 Ziff. 6 rrh. Gem. O. anerkannt. Es ist nicht ausgeschlossen, daß die Gemeinde es für notwendig erachtet, daß die Flöße ausschließlich auf den gemeindlichen Ländeplätzen geländet werden und daß dieses Länden statutarisch vorgeschrieben wird." Diese Ansicht, deren Unhaltbarkeit später nachgewiesen wird, ist wieder etwas gemildert in der Entscheidung des VGH. vom 19. 10. 1898, die in Band 20 S. 21 ff., Fußnote, abgedruckt ist. Das Erfordernis einer polizeilichen Vorschrift auf besonderer Rechtsgrundlage für die Statuierung eines Benutzungszwanges ist klar ausgedrückt in VGH. 20, S. 21 ff., insbesondere S. 26.

Seit dem Inkrafttreten der neuen Gemeindeordnung handelt es sich bei der Frage des Benutzungszwanges um ein Recht der Gemeinde, das aus der Verwaltung der Anstalten, Einrichtungen und Unternehmungen hervorgeht. Wenn dieses Recht ein Gemeindemonopol schafft, so heißt das, daß die Gemeinde gemäß Art. 44 Abs. 6 n. GO. in ihrer Satzung bestimmen kann, daß der Gemeindeangehörige eine Tätigkeit, die er durch eine fremde Person vornehmen lassen oder für einen anderen verrichten will, durch die gemeindliche Anstalt vornehmen lassen muß, kann sie aber bei genügender Sachkenntnis und vorbehaltlich der polizeilichen Bestimmungen und Einschränkungen jederzeit für sich selbst in eigener Person vornehmen. Das ist allgemein der Inhalt des durch Art. 44 Abs. 6 n. GO. geschaffenen Benutzungszwanges. Gerade weil dieser Benutzungszwang ein anstaltlicher, satzungsmäßiger, nicht aber ein polizeilicher ist, kann er auch nicht weitergehen und nicht zu einem negativen Benutzungszwang werden. Jede Zwangspflicht zur Benutzung einer gemeindlichen Anstalt, die über die Art des monopolschaffenden Benützungszwangs hinausgeht, kann nicht Art. 44 Abs. 6 zur Grundlage haben. Hier greift dann das frühere Recht Platz; die Einführung eines solchen Benutzungszwanges ist nur möglich auf Grund ortspolizeilicher Vorschriften, wie das früher schon allgemein für die Einführung eines jeden Benutzungszwanges erfordert wurde und in Preußen heute noch ver-

langt wird. Was der monopolschaffende Benutzungszwang im einzelnen bedeutet, soll unter § 13 bei den einzelnen Anstalten dargelegt werden; hier genüge ein Beispiel: Die Gemeinde kann durch Satzung gemäß Art. 44 Abs. 6 n. GO. bestimmen, daß jeder, welcher für andere schlachten will oder durch einen anderen schlachten lassen will, hiezu das gemeindliche Schlachthaus benutzen muß. Sie kann aber nicht anordnen, daß auch derjenige, der für seinen eigenen Bedarf schlachten will und kann, (das Schlachten für den Gewerbebetrieb fällt dabei unter das Schlachten für andere) im gemeindlichen Schlachthaus schlachten muß. Soll auch dieser zur Benützung des Schlachthauses gezwungen werden, so muß hiefür eine ortspolizeiliche Vorschrift gegeben sein. Diese muß dann auf einer speziellen gesetzlichen Delegation beruhen.

Nachdem nun klargestellt ist, daß der in Art. 44 Abs. 6 n. GO. geschaffene Benutzungszwang satzungsmäßiger Natur ist und seinem Inhalt nach nur die Schaffung eines gemeindlichen Monopolrechtes bedeutet, können jetzt die Begriffe des gemeindlichen „Monopolrechtes" und des „Monopoloides", die beide, wie schon oben erwähnt, nicht genau das richtige treffen, entbehrt werden. Wenn also künftig mit Bezug auf Art. 44 Abs. 6 n. GO. von „satzungsmäßigem Benutzungszwang" gesprochen wird, so ist damit der ein gemeindliches Monopol schaffende Benutzungszwang gemeint.

Für das preußische Recht ist heute noch die Rechtslage so, wie sie in Bayern vor Inkrafttreten der n. GO. war. Es kann ein Zwang zum Anschluß an eine gemeindliche Anstalt nur auf polizeilicher Grundlage durch Polizeiverordnung geschaffen werden.[44]) So schreibt Friedrichs, a.a.O., Anm. 30 ff. zu § 67, S. 159: „Wenn die Gemeinde eine Einrichtung zur Be- und Entwässerung getroffen hat, so kann durch Ortssatzung in Verbindung mit einer Polizeiverordnung der Zwang zum Anschluß begründet werden. Der Rechtsgrund muß ein polizeilicher sein; in der Satzung muß die Verpflichtung der Gemeinde zur Herstellung der Anstalt, die Höhe der Gebühren usw. bestimmt werden, in der Polizeiverordnung der Zwang zur Benützung und die Strafe für die Uebertretung." Den gleichen Gedanken bringt Oertel, a.a.O., S. 76, Anm. 2d zu § 11: „Durch Ortsstatut kann ferner nicht ein Zwang der Hausbesitzer zum Anschluß ihrer Häuser an eine von der Gemeinde hergestellte öffentliche Wasserleitung oder

[44]) *Für die Polizeiverordnung ist die gesetzliche Grundlage außer speziellen Vorschriften vor allem § 10 II, 17 ALR.*

Kanalisation wie überhaupt nicht eine Verpflichtung der Gemeindeangehörigen zur Benutzung einer öffentlichen Gemeindeanstalt, selbst nicht für den Fall einer Konkurrenz polizeilicher Interessen festgesetzt werden. Letztere sind nicht von den Gemeindebehörden, sondern von den Polizeibehörden wahrzunehmen und können unter Umständen dahin führen, daß der obligatorische Anschluß der Grundstücke an die Kanalisation oder Wasserleitung angeordnet wird, aber nicht durch Ortsstatut, sondern durch Polizeiverordnung.[45]) Dagegen steht für die öffentliche Gemeindeanstalt den Gemeinden das Recht zu die Modalitäten und die Bedingungen für die Ausübung des grundsätzlich allgemeinen Mitbenutzungsrechtes auf Grund des § 11 der Städteordnung durch Ortsstatut insbesondere auf diesem Wege zu regeln, unter welchen Bedigungen und in welcher Weise der Anschluß der Häuser an die öffentliche Kanalisation und Wasserleitung zu erfolgen hat."

2. Abteilung.

Die Voraussetzungen des Benutzungszwanges.

§ 5.

I. Allgemeine Voraussetzung.

Die wichtigste allgemeine, d. h. jedem Anstaltsnutzungsverhältnis zugrundeliegende Voraussetzung für die Möglichkeit der Einführung eines Benutzungszwanges ist das Vorhandensein einer öffentlichen Gemeindeanstalt. Dieser Begriff ist äußerst umstritten. Es kann sich hier nicht darum handeln eine eingehende Darlegung dieses Begriffes zu geben; es soll lediglich ein kurzer Ueberblick über die hauptsächlichsten Ansichten und das mit ihnen verbundene Für und Wider gegeben werden. Das eine ist jedenfalls sicher, daß die öffentliche Gemeindeanstalt scharf zu trennen ist von einem privaten Gewerbebetrieb der Gemeinde. Welches aber die Kriterien sind, nach denen man das Vorhandensein der einen oder anderen Art von gemeindlicher Veranstaltung ermessen kann, bedarf eingehender Untersuchung.

---

[45]) *Zu dieser Frage siehe weiter Immich, a.a.O., S. 216; Dr. Schultz a.a.O., S. 26; Jebens, a.a.O., S. 331; ferner Preuß. OVG. 74, 344; 76, 353 ff. und die dort angegebenen Entscheidungen.*

Eine öffentliche Anstalt ist nach ziemlich herrschender Ansicht ein Bestand von sachlichen und persönlichen Mitteln, die in der Hand eines Trägers der öffentlichen Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zwecke dauernd zu dienen bestimmt sind.[46]) Der Staat kann tätig werden als Gewerbebetrieb und verfolgt dann den Zweck der Erzielung von Gewinn; er kann aber auch tätig werden als Subjekt der Wohlfahrtspflege, also zu öffentlichem Zweck; dann sind seine Veranstaltungen öffentliche Anstalten.

Eine öffentliche Gemeindeanstalt wäre hienach zu bestimmen als ein Bestand von sachlichen und persönlichen Mitteln, die in der Hand einer Gemeinde einem bestimmten öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind. Die bayerische Rechtssprechung hat den Begriff der öffentlichen Gemeindeanstalt aus der alten rrh. GO. sowie aus VGG. Art. 8 Ziff. 31 entwickelt und dabei in etwas anderer Weise bestimmt wie die Wissenschaft.[47])

VGH. 21, S. 5 ff. greift den Gedanken auf, daß aus dem Umstand, daß in der alten rrh. GO. der Begriff Gemeindeanstalt teils allein (so in Art. 39 Abs. I und 140 Abs. II der GO.), teils in Verbindung mit „Einrichtungen und Unternehmungen" (so in Art. 40 Abs. I rrh. GO.) gebraucht wird, ein weiterer und engerer Begriff der Gemeindeanstalt zu schließen sei. Die Gemeindeanstalt im weiteren Sinne wird bestimmt als diejenige auf Anordnung der Gemeindeverwaltung beruhende Einrichtung, welche dazu bestimmt ist, einen in den gesetzmäßigen Kreis der gemeindlichen Angelegenheiten und Obliegenheiten fallenden Endzweck dauernd im öffentlichen Interesse zu ermöglichen und welche

---

[46]) *Vgl. O. Mayer, a.a.O., II, S. 468; ähnlich auch Fleiner, a.a.O., 8. Aufl. S. 321 ff; und Jellinek, a.a.O., S. 493 ff.*

[47]) *Stumpf, „Ueber den Begriff der Gemeindeanstalt nach bayerischem Gemeinderecht" (BljaPr., Bd. 57, S. 1 ff., schreibt: „Gemeindeanstalt ist jede von der Gemeinde zum Zwecke dauernder Verwirklichung eines bestimmten Kreises gemeindlicher Verwaltungsaufgaben geschaffene und hiezu mit regelmäßig gemeindlichem Vermögen ausgestattete Einrichtung, die je nach ihrer Zweckbestimmung allen oder bestimmten Klassen von Gemeideangehörigen einen über den Gemeingebrauch hinausgehenden besonderen Nutzen gewährt." Gegen diese zu enge Begriffsbestimmung mit Recht Nägelsbach, BljaPr., im gleichen Band, S. 353.*

dadurch selbst einen gewissen bleibenden Charakter erhält. Der VGH. eignet sich damit im wesentlichen die von Kahr, a.a.O., I, S. 876 entwickelte Ansicht an.

Die öffentliche Gemeindeanstalt im engeren Sinn ist nach VGH. 21, S. 5 ff. eine solche bleibende gemeindliche Einrichtung, welche, mag sie Verwaltungszwecken dienen oder auf finanziellen Gewinn abzielen, mit gemeindlichem Grundstockvermögen ausgestattet ist. Da aber der engere Begriff doch sicher auch unter den weiteren Begriff der öffentlichen Gemeindeanstalt fallen muß, so kann man unmöglich annehmen, daß eine auf finanziellen Gewinn ausgehende gemeindliche Einrichtung eine Gemeindeanstalt im engeren Sinn sein könne, wenn eine öffentliche Gemeindeanstalt im weiteren Sinn, welche auf finanziellen Gewinn ausgeht, undenkbar ist.[48]) Trotzdem wurde der obige Begriff fast durchwegs in der Literatur verwendet; nur bei Helmreich-Rock[49]) findet sich ein Hinweis darauf, daß diese Begriffsbestimmung der gemeindlichen Anstalt im engeren Sinn nicht zutreffend sein kann.

Bei der Frage, ob eine öffentliche Gemeindeanstalt oder ein Gewerbebetrieb der Gemeinde vorliegt, kann entweder nach materiellen oder nach formalen Gesichtpunkten unterschieden werden.

Sauter[50]) kommt nach langen Untersuchungen zu dem Ergebnis, daß nicht auf die materielle Seite zu sehen sei, also nicht darauf, ob der Zweck der Veranstaltung ein öffentlicher oder gewerblicher sei (wie in der Wissenschaft bei öffentlichen Anstalten überhaupt unterschieden wird), sondern, daß das Kennzeichen in dem formalen Punkt liege, ob die Beziehungen zwischen der Anstalt und dem Einzelnen privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur sind.

Diese Unterscheidung trifft meines Erachtens nicht das Richtige. Sauter bezeichnet als Kennzeichen:[51])

„1. Entweder die Gemeinde weist beim Beschluß über die Errichtung einer Anstalt auf eine gesetzliche Bestimmung hin, z. B. VGG. Art. 8, Ziff. 31, dann ist damit formell ausgedrückt, daß das Verhältnis ein öffentlich-rechtliches sein soll.

---

[48]) *Daß die Unterscheidung an sich unpraktisch ist und auch dem Gesetzgeber wohl nicht im Sinne lag, bemerkt Stumpf, a.a.O., S. 23 ff.*

[49]) *Helmreich-Rock, 5. Aufl., S. 161;*

[50]) *Sauter, a.a.O., S. 25 ff.*

[51]) *Im Anschluß an Kormann, Preuß. VBl. 34, S. 395 ff.*

2. Den Umstand, ob das Rechtsverhältnis durch Vertrag oder durch obrigkeitlichen Akt begründet wird. Ein Vertragsverhältnis ist jedenfalls grundsätzlich ausgeschlossen, wenn es auf einer Seite an der Vertragsfreiheit fehlt. Daher ist sowohl das Recht auf Benützung, das für die Gemeinde die Vertragsfreiheit verneint, wie andererseits auch umgekehrt ein polizeilicher Benützungszwang, der für die Anstaltsbenützer diese Freiheit verneint, mit dem Begriff eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages unvereinbar.

3. Der rechtliche Charakter der gewährten Leistungen kann Aufschluß geben; dessen Prüfung hat aus dem Gesichtspunkt zu erfolgen, welche Rechtsfolgen die Mangelhaftigkeit ihrer Leistungen nach sich zieht.

4. Die rechtliche Natur der Gegenleistung: Hat diese den Charakter der Gebühr, dann ist das Verhältnis ein öffentlich-rechtliches; hat sie den Charakter einer vertraglichen Gegenleistung, so ist das Verhältnis ein privatrechtliches."

Durch die Aufstellung dieser vier Kennzeichen für öffentliche Gemeindeanstalten oder Gewerbebetriebe wird die ganze eben gewonnene Unterscheidung zwischen beiden Kategorien von gemeindlichen Veranstaltungen und Gewerbebetrieben illusorisch gemacht. Wenn eine Gemeinde z. B. bei Errichtung einer gemeindlichen Veranstaltung auf Art. 8 Ziff. 31 VGG. verweist, und dann diese gemeindliche Veranstaltung durchaus auf den finanziellen Zweck abstellt und zu einem Gewinnerzielungsobjekt ausbaut, so liegt nach Sauter eine öffentliche Gemeindeanstalt vor, obwohl er vorher (S. 16 a.a.O.,) für eine solche finanziell ausgebaute Anstalt den Charakter einer öffentlichen Gemeindeanstalt ausdrücklich verneint hat. Punkt 2 ist teilweise richtig, das Vorhandensein eines Benützungszwanges ist ein Jndiz für die nicht gewerbliche Natur eines Unternehmens. (Daß aber, wie das preuß. OVG. 52, S. 29 behauptet, in dem Fehlen eines Benutzungszwanges ein Jndiz für die gewerbliche Natur eines Unternehmens zu erblicken sei, ist sicher unzutreffend; denn es gibt genug zweifellos nicht gewerbliche Unternehmen, die vom Benutzungszwang nicht Gebrauch machen, ja nicht einmal wegen Mangels der notwendigen gesetzlichen Voraussetzungen Gebrauch machen können.) Nicht richtig ist aber, daß ein Recht auf Benützung ohne weiteres ein Jndiz für öffentlichrechtliche Regelung sei; denn Kontrahierungszwang kann bei privatrechtlichen Verträgen vorkommen (siehe hiezu Fleiner a.a.O., 8. Aufl. S. 326). Die Erwägung zu Punkt 3 beruht

auf einem circulus vitiosus. Sauter sucht hier den Grund durch die Folge zu erklären: Wenn die Folge einer mangelhaften Leistung der Gemeinde privatrechtlich ist, z. B. Schadenersatz, Rücktritt usw. dann liegt eine privatrechtliche Gestaltung vor und die Veranstaltung der Gemeinde ist eine privatrechtliche. Im Gegenteil, wenn das Verhältnis privatrechtlich geregelt ist, dann ist die Folge Schadenersatz, Rücktritt usw. Wie findet man z. B. die rechtliche Natur der gemeindlichen Veranstaltung, wenn die Folgen des Verhältnisses überhaupt nicht ausdrücklich geregelt sind? Dann versagt dieses Mittel der Unterscheidung ganz. Vor allem kann man aber aus einer privatrechtlichen Gestaltung des Verhältnisses noch nicht schließen, daß ein Gewerbebetrieb vorliege, denn es gibt öffentliche Anstalten, die privatrechtliche Verhältnisse schaffen und trotzdem unbestrittenermaßen keine Gewerbebetriebe sind. (Eisenbahn). Der letzte Punkt wird im allgemeinen zutreffen, weil eine Gemeinde nur dann die Gegenleistung als öffentlichrechtliche Gebühr ausgestalten wird, wenn das zugrundeliegende Verhältnis ein öffentlichrechtliches ist; aber auch hier kann sich leicht die gleiche unliebsame Folgerung ergeben, wie in Punkt 1. Diese Unterscheidung nach formalen Gesichtspunkten, die in der Hauptsache von Kormann begründet wurde, ist auch in RGZ. 99, 99 (6. 5. 20) zur Anwendung gekommen. VGH. 34, 141 ff. (28. 3. 13) stellt in erster Linie auf den von der Gemeinde verfolgten Zweck ab. Die letztere Ansicht (die übrigens die herrschende ist) ist sicher die zutreffende. Sauter hat bei seiner Bestimmung der Kennzeichen nicht genügend unterschieden zwischen öffentlicher Anstalt und Gewerbebetrieb einerseits und öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Ausgestaltung des Anstaltsverhältnisses andererseits. Beides ist voneinander zu trennen. Eine öffentliche Anstalt kann auch privatrechtlich ihren Benützern gegenübertreten, sie kann Verträge mit ihnen schließen und auf Grund dieser Verträge ihre Leistung bewirken. Die Gegenleistung ist dann ebenfalls vertraglicher, bürgerlich-rechtlicher Natur, sie ist keine Gebühr, sondern entweder Kaufpreis oder Werklohn usw. Für die Feststellung, ob man es mit einer öffentlichen Anstalt oder einem Gewerbebetrieb der Gemeinde zu tun hat, kann nur die Methode in Betracht kommen, die derjenigen, welche Sauter anwendet, entgegengesetzt ist. Zuerst muß man fragen, welche Zwecke die Unternehmung der Gemeinde verfolgt. Dient sie dem öffentlichen Wohl, so ist sie eine öffentliche Anstalt, dient sie finanziellem Gewinn, so ist sie

Gewerbebetrieb.[52]) Auch Fleiner[53]) bestimmt die gemeindliche öffentliche Anstalt nicht anders als die staatliche. „Der Staat und die Gemeinde haben häufig Unternehmungen aus den Händen Privater erworben und sie in die staatliche Verwaltung übergeführt oder sie haben diese Anstalten gegründet nach dem Vorbild bestehender Betriebe von Privatpersonen oder Privatgesellschaften. Der Gedanke liegt daher nahe, in ihnen Gewerbebetriebe zu erblicken: der Zweck ist verschieden. Beim Privaten ist der Betrieb des Unternehmens ein Mittel zur Gewinnerzielung, die öffentliche Verwaltung nimmt öffentliche Fürsorge wahr. Man muß daher im Einzelfall untersuchen, ob in dem konkreten Unternehmen die für den Gewerbebetrieb charakteristische Erwerbsabsicht zutage tritt."

Fleiner schreibt weiter (a.a.O., S. 326): „Mit der Entscheidung über die öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Natur der Anstalt wird des Urteil über alle ihre möglichen rechtlichen Beziehungen gefällt, über die Anwendung der Gewerbeordnung, über das Erfordernis polizeilicher Genehmigung, über den Charakter des Entgelts für die Benützung der Anstalt."[54]) Eine kleine Einschränkung in dieser strengen Unterscheidung muß man allerdings im Anschluß an Fleiner (8. Aufl. S. 326 ff; in der 7. Aufl. hat Fleiner noch die Tendenz zu öffentlichrechtlicher Gestaltung festgestellt) insofern machen, als die Tendenz nach der öffentlichrechtlichen Gestaltung der Unternehmungen nach dem Krieg teilweise ins Gegenteil umgeschlagen hat. Auch die öffentlichrechtlichen Körperschaften treten immer mehr in das private Wirtschaftsleben ein und verbinden die Sorge für das öffentliche Wohl

---

[52]) *Eine eingehende Untersuchung über die Erwerbsabsichten als Zeichen eines Gewerbebetriebes, über die Förderung des öffentlichen Wohles als Zeichen einer öffentlichen Anstalt siehe VGH. 39, S. 160 ff.(164—180). S. auch Art. „Gemeindeanstalt" (Stier-Somlo) im HWR. II, 675.*

[53]) *a.a.O., S. 324 (8. Aufl.)*

[54]) *Zu diesen Fragen vgl. auch Landmann, Gew.O. I, S. 42 (6. Aufl.); v. Seydel, a.a.O., III, S. 395; Stier-Somlo, Artikel „Gewerbe" im HWR II 907. — Auch Oertel, a.a.O., Anm. 2 zu § 4, S. 40 bestimmt den Begriff der öffentlichen Anstalt nach dem von der Gemeinde bei der Anstaltserrichtung und beim Anstaltsbetrieb verfolgten Zwecke. Vgl. übrigens auch Jmmich, a.a.O., S. 214 links unten.*

mit dem Streben nach Erzielung eines größtmöglichen Ertrags, sodaß bei der Entscheidung darüber, ob eine öffentliche Anstalt, die den Bürgern wirtschaftliche Leistungen gewährt, eine öffentlichrechtliche ist, heute nicht mehr einseitig auf die Absicht der Gewinnerzielung abgestellt werden darf. Damit ist aber noch nicht für erforderlich erklärt die Unterscheidung zwischen öffentlichrechtlicher Anstalt und Gewerbebetrieb nach äußerlichen, formalen Merkmalen zu treffen.

Ein Benutzungszwang kann also, wie bereits erwähnt, nur bei öffentlichen Gemeindeanstalten festgelegt werden. Das gilt schon für den polizeilichen Benützungszwang, vor allem aber für den satzungsmäßigen, und wenn man einen Benutzungszwang als Indiz für die öffentlich-rechtliche Natur der mit dem Zwangsrecht ausgestatteten Unternehmung betrachtet, so ist das richtig, denn ein solcher Zwang hat seine Wurzel immer mehr oder weniger im öffentlichen Interesse.[55]).

An dem Wesen der öffentlichen Anstalt wird nichts geändert, wenn die Gemeinde den Betrieb der Anstalt gegen Zahlung einer „Pachtsumme" einem Dritten überträgt.[56]) Der Zweck bleibt ein öffentlich-rechtlicher, wohlfahrtsfördernder. Dem rücksichtslosen Erwerbsgeist des Unternehmers werden schon Schranken gezogen durch die Satzung und die im Ueberlassungsvertrag aufgestellten Bedingungen. Die Frage, ob auch in einem solchen Fall die Gemeinde durch Satzung die Benützung der Anstalt, deren Betrieb einem Dritten übertragen ist, zur Zwangspflicht machen kann, ist wohl zu bejahen. Die Anstalt bleibt eine öffentliche Gemeindeanstalt, sie wird durch Rechtssätze der Gemeinde, nämlich durch Gemeindesatzung geregelt. Es ist also nicht einzusehen, warum im Falle der Uebertragung an einen Unternehmer nicht auch ein monopolschaffender satzungsmäßiger Benützungszwang vonseiten der Gemeinde eingeführt werden kann.

---

[55]) *Vgl. Sächs. OVG., Reger 47, 151, und Immich, S. 214 rechts oben. So im wesentlichen auch Oertel, a.a.O., Anm. 2. zu § 4, S. 41. Die oben angegebene Ansicht teilt auch Sauter, a.a.O., S. 55: „Vertragskonstruktion zwischen dem Anstaltsbenützer und dem Herrn der Anstalt ist nicht mehr möglich, sobald ein Benützungszwang eingeführt ist." Es ist damit gesagt, daß dann auch keine privatrechtliche Unternehmung mehr vorliegen kann.*

[56]) *VGH. 21, 15 (Aeußerungen von Oberstaatsanwalt Dr. Geib).*

Oertel[57]) nennt innerhalb der öffentlichen Gemeindeanstalten noch besondere „polizeiliche Gemeindeanstalten", d. s. solche, welche zwar vorzugsweise kommunalen Zwecken dienen, aber im polizeilichen Interesse notwendig sind.[58]). Hieher gehören Feuerlöschanstalten, Desinfektionsanstalten, Fäkalienabfuhr, Kanalisationsanlagen, Wasserwerke. Zur Benützung solcher Anstalten ist meist in polizeilichem Interesse durch Polizeiverordnung ein Zwang eingeführt und festgesetzt. Ueber diesen Zwang heißt es S. 42 a.a.O. daß er nur auf Grund des § 6 Polizeigesetzes von 1850 durch Polizeiverordnung festgesetzt werden kann, das aber auch nur dann, wenn durch ein gültiges Ortsstatut die Gemeindeanstalt verpflichtet ist, den Gemeindeangehörigen die betreffende Tätigkeit zu leisten. Ein Ortsstatut kann aber nicht selbst eine Verpflichtung zur Mitbenützung der Anstalt begründen.[59])

Ueber die weitere Frage der öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Natur des Anstaltsverhältnisses folgt Näheres unten beim Abschnitt über die Gebührenregelung, da sich hier vor allem der Unterschied zeigt.

II. Besondere Voraussetzungen des in Art. 44 Abs. 6 n. GO. festgelegten Benützungszwanges.

§ 6.

Welche öffentlichen Gemeindeanstalten können mit Benützungszwang ausgestattet werden?

Es handelt sich hier um die Frage, ob Art. 44 Abs. 6 n.GO. nur Beispiele geben wollte für Anstalten, zugunsten deren ein Benützungszwang eingeführt werden kann oder ob die Aufzählung erschöpfend gedacht ist.

---

[57]) *a.a.O., Anm. 3 zu § 56 Ziff. 3, S. 279.*

[58]) *Jebens, a.a.O.: Hier ist der richtige Gedanke ausgesprochen, daß der Polizei, die die Pflicht hat für öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit zu sorgen, der Eingriff in „Wohlfahrts"-Anstalten der Gemeinde verwehrt ist, daß die Gemeinde aber Anstalten betreiben kann, die auch die Aufrechterhaltung von Ruhe, Ordnung und Sicherheit betreffen, daß sie aber nicht in diesen polizeilichen Beziehungen tätig werden kann (die letzteren Anstalten sind die „polizeilichen").*

[59]) *Oertel, a.a.O., Anm. 2d zu § 11 S. 76.*

Nach dem ganzen Aufbau des Art. 44 ist das letztere anzunehmen. Wenn es in Abs. I heißt: „Die Gemeinden sind berechtigt . . . . durch Satzung die Benützung ihres Eigentums, ihrer Anstalten, Unternehmungen und Einrichtungen zu ordnen und Gebühren für die Benützung festzusetzen", und dann in Abs. 6 weitergefahren wird: „Die Gemeinden können durch Satzung die Benützung gemeindlicher Wasserleitungen, Kanalisationen usw. zur Zwangspflicht machen", so kann daraus geschlossen werden, daß der Gesetzgeber den Benützungszwang nur für die in Abs. 6 aufgezählten 5 Anstalten zulassen wollte. Dies entspricht auch der von der Staatsregierung vertretenen Ansicht.[60]) Die Gemeindeordnung folgt hier also dem Enumerationsprinzip, dem Aufzählungsgrundsatz.[61]) Damit ist aber nur gesagt, daß der Benutzungszwang des Art. 44 Abs. 6 n. GO. nur für die bezeichneten 5 Anstalten eingeführt werden kann, also der satzungsmäßige Benützungszwang, dessen Folge das gemeindliche Monopolrecht bildet. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen der polizeiliche Benützungszwang für andere als diese 5 Anstalten, der dann entweder zu einem tatsächlichen Monopol der Gemeinde führen kann oder sogar noch weitergehend einen negativen Benützungszwang schafft. Die Aufstellung eines polizeilichen Benützungszwanges für andere als die 5 Anstalten bedarf dann ebenso wie die Statuierung eines polizeilichen Benützungszwanges für die aufgezählten Anstalten, der über die Schaffung eines gemeindlichen Ausschlußrechtes hinausgeht, einer speziellen gesetzlichen Ermächtigung wie jede (wenigstens jede bewehrte) polizeiliche Vorschrift.

---

[60]) *Siehe Begründung zum Regierungsentwurf, Beil. 1982 zu den Landtagsverhandlungen Bd. III, 3. Tagung, 1925/26, S. 265: Man wollte nur in grundsätzlicher Uebereinstimmung mit den Beschlüssen des preuß. Landtags in 2. Lesung bestimmte Einrichtungen bezeichnen, für die die Gemeinde die Benützung zur Zwangspflicht machen kann.*

[61]) *Laforet, a.a.O., Anm. 28c zu Art. 44. S. 506.*

§ 7.

Gleichheit der Benützungsbedingungen für alle Beteiligten.

Wenn die Gemeinde ihre Angehörigen zwingen will, eine Anstalt zu benützen (worunter zunächst der satzungsmäßige Benützungszwang des Art. 44 Abs. 6 verstanden wird), dann muß sie für alle Gemeindeangehörigen gleiche Bedingungen schaffen. Das heißt nicht, daß die Gemeinde für alle Angehörigen die Benützungsbedingungen unter allen Umständen gleich bemessen muß, sondern nur, daß sie unter gleichen Umständen keine verschiedenen Gebühren und sonstigen Bedingungen für die Benützung festsetzen darf. Die Rechtsprechung des VGH in dieser Frage ist bisher nicht einheitlich gewesen. Früher wurde die Ansicht vertreten, daß der Grundsatz der Gebührengleichheit auch dann besteht, wenn ein Benützungszwang nicht eingeführt ist. Er hindert aber nicht Abstufungen, Ermäßigungen aus sozialen usw. Rücksichten; diese sind jedoch bei eingeführtem Benutzungszwang der Gemeinde ausgeschlossen. Hier ist unbedingte Gleichheit der Bedingungen erforderlich. Dann aber änderte der VGH seine Ansicht dahin, daß die Gemeinde bei Fehlen eines Benützungszwanges in der Bestimmung der Benützungsbedingungen völlig frei sei und der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Gebühren und Bedingungen nur bei eingeführtem Benützungszwang zur Anwendung komme.[62]) Die Gemeinden sind also nach diesen Ansichten jedenfalls bei eingeführtem Benützungszwang an den Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Gebühren und Bedingungen für die Benützung schon im früheren Recht gebunden gewesen. Jetzt ist dieses Erfordernis, wie bereits erwähnt, im Gesetz (A. 44, Abs. 6 n. GO.) selbst ausgedrückt.

Die Gemeinde darf also vor allem nicht abstufen nach den persönlichen Verhältnissen der Gemeindeangehörigen, nach dem Einkommen oder Vermögen des zur Benützung Verpflichteten, auch nicht nach dem Wert des an die Wasserleitung, Kanalisation usw. angeschlossenen Anwesens. Sie darf sich nur leiten lassen von der Erwägung, daß die Gebühren (und das sind die hauptsächlichsten Benützungsbedingungen, die einer Abstufung zugänglich sind) Entgelt sind für die Benützung der Anstalt durch die Anstaltsnutzer und daß sie

---

[62]) *Vgl. einerseits VGH. 24, 142/43; andererseits VGH. 33, 147.*

daher ausschließlich nach dem Maß und der Größe der Benützung zu bestimmen sind. „In der Natur der Abgaben für Benützung von Gemeindeanstalten liegt die Wechselbeziehung von Leistung und Gegenleistung, von Vorteil einerseits und Aufwand andererseits, und nach Gesichtspunkten, die diese Momente berücksichtigen, lassen sich Abstufungen festsetzen." (So VGH. 24, 142.)

So kann z. B. bei der Kanalisation für den Fall, daß ein satzungsmäßiger Benutzungszwang geschaffen ist, nicht eine Abstufung eintreten nach dem Wert des Hauses, für das die Kanalisation angelegt ist, oder nach dem Vermögen des Grundstückeigentümers; wohl aber kann für eine Kanalisation von 100 m Straßenlänge eine höhere Gebühr verlangt werden wie für eine Länge von 10 m. Die Gemeinde kann aber auch nicht etwa für den lfd. Meter Kanalisation in einem abgelegenen Teil der Gemeinde eine höhere Gebühr verlangen als im Innern derselben, sondern sie kann auch in den äußersten Bezirken nur abstufen nach dem Maß der vom Benutzungspflichtigen beanspruchten Leistungen. Bei der Wasserleitung muß wieder ein anderer Gesichtspunkt hervortreten: es kann hier nicht die Höhe der Gebühren abhängig gemacht werden von der Länge der Leitung im Anwesen (wie bei der Kanalisation), sondern ausschließlich von der verbrauchten Wassermenge oder, wenn eine Pauschalsumme festgelegt ist, von dem mutmaßlichen Wasserverbrauch. Auch hier muß die Höhe der Gebühren für die Außenbezirke der Gemeinde die gleiche sein wie für die inneren.

Wenn die Gemeinde für weiter entfernte Gebiete die gleichen Benutzungsbedingungen aus finanziellen Gründen nicht schaffen kann, so darf sie auf diese den Benutzungszwang nicht ausdehnen. Dann kann sie die Benützungsbedingungen nach ihrem Ermessen abstufen, also auch z. B. die Wasserleitungsgebühren nach der Länge der Anwesen, die Wasserleitungs-, Kanalisationsgebühren usw. nach der Entfernung der einzelnen Anwesen von der Zentrale (dem Wasserwerk oder dem Hauptkanal); denn wer die Gebühren nicht leisten kann, kann sich auch von der Anstalt fernhalten; er muß sie ja nicht benützen. Eine Abstufung nach dem Vermögen oder Einkommen des Pflichtigen oder nach dem Wert des Hauses usw. wird aber auch in einem solchen Falle unzulässig sein; denn dann nähert sich die Gebühr dem Charakter

[62a] *Vgl. Laforet, a.a.O., S. 508 und Woerner zu Art. 44 n. GO.*

der Steuer[63]), die sie aber nicht sein soll und darf. Dann würde auch, da die Gemeinde bei Erlaß der Ortssatzung als Gesetzgeberin auftritt, nach Art. 109 Abs. I RV. eine derartige nach Vermögen ungleiche Behandlung verboten sein, falls man der Ansicht von Nawiasky und anderen[64]) folgt, daß Art. 109 Abs. I RV. ebenso wie die folgenden Absätze dieses Artikels sich nicht nur an die Rechtssprechung, sondern auch an die Gesetzgebung richtet, sodaß logischerweise auch die Gemeindegesetzgebung darunter fallen muß. Der erwähnte Grundsatz der RV. hat überhaupt, genau betrachtet, eine ähnliche Bedeutung wie der oben angeführte Grundsatz der gleichen Bedingungen für den Benützungszwang des Art. 44 Abs. 6 n. GO. Er besagt auch, daß gleiche Tatbestände gleich behandelt werden müssen, daß unter den gleichen Umständen eine Verschiedenheit der Behandlung ausgeschlossen ist.

Ueber die Frage der Gestaltung der Benutzungsbedingungen beim polizeilichen Benützungszwang, der, wie oben schon erwähnt, teilweise über den satzungsmäßigen hinausgeht und hinausgehen kann, ist in der GO. nichts erwähnt. Daraus darf nicht geschlossen werden, daß in einem solchen Fall die Gemeinde völlig frei ist in der Gestaltung der Benützungsbedingungen wie in dem Fall, daß ein Benützungszwang überhaupt nicht eingeführt ist (siehe oben!). Nachdem das Institut des polizeilichen Benützungszwanges auch heute noch bestehen kann (wie schon oben dargelegt wurde und bei der Behandlung der einzelnen Anstalten in § 13 unten noch näher beleuchtet wird) und die Natur dieses polizeilichen Benützungszwanges noch die gleiche ist wie in dem vor der n. GO. geltenden Rechte, ist kein Grund vorhanden, die unter der Herrschaft des alten Rechts hierüber aufgestellten Grundsätze nicht auch auf den polizeilichen Benützungszwang des neuen Rechtes zu übertragen. Danach ist auf Grund der Entscheidung des VGH. 33, 142 ff. an sich bei der Gebührenregelung für die Benützung gemeindlicher Anstalten die Gemeinde im allgemeinen frei von Beschränkungen; „die Gemeinde hat lediglich für den Fall, daß hinsichtlich einer Gemeindeanstalt oder einer gemeindlichen Unternehmung auf

---

[63]) *Ueber den Unterschied von Gebühr und Steuer siehe unten § 11.*

[64]) *Nawiasky, a.a.O., S. 261; anderer Ansicht Anschütz, Reichsverfassung zu Art. 109, S. 304 ff. Hier auch weitere Literaturangaben.*

grund einer besonderen Rechtsnorm der Benutzungszwang eingeführt werden soll, den Grundsatz des gleichen Maßstabes für die zu erhebenden Abgaben einzuhalten". S. 147 heißt es weiter: „Der Grundsatz eines gleichförmigen Maßstabes bei Abgaben für die Benützung von Gemeindeanstalten ist nur dann einzuhalten, wenn die Benützung zur Zwangspflicht gemacht ist." Doch wird auch andererseits, wie bereits angeführt, in früheren Entscheidungen schon bei nicht eingeführtem Benutzungszwang im wesentlichen Gleichförmigkeit der Bedingungen gefordert. (VGH. 24, 142/43.) Hier heißt es: „Den Zielen der Gemeindeordnung entspricht eine tunlichst gleichmäßige Belastung der Pflichtigen; es darf nicht angenommen werden, daß das Gesetz den Gemeinden zugestanden habe örtliche Abgaben für die Benützung von Gemeindeanstalten nach Willkür, nach außerhalb der Natur dieser Abgaben als Gegenleistungen liegenden Maßstäben zu regeln, besonders dann nicht, wenn die Benützung der Anstalten den Beteiligten zur Zwangspflicht gemacht ist."

Das sind im wesentlichen die gleichen Erwägungen, wie sie auch heute beim satzungsmäßigen Benützungszwang angestellt werden. Der Ausdruck „gleichmäßig" läßt wohl eine Abstufung zu, aber nur eine solche, die innerhalb der Natur der Abgabe als einer Gegenleistung für eine Leistung liegt und das ist eine Abstufung, die sich nach dem Maß der Benutzung der gemeindlichen Anstalt richtet.

§ 8.

Genehmigung der Satzung einschl. der Gebührenregelung durch die Staatsaufsichtsbehörde.

Nach der alten rechtsrheinischen Gemeindeordnung Art. 159 Abs. I Ziff. 6 bedurfte die Gemeinde der Genehmigung der vorgesetzten Verwaltungsbehörde „bei Regelung der Gebühren für die Benützung von Gemeindeanstalten, wenn dieselbe den Beteiligten zur Zwangspflicht gemacht ist". Dieser Artikel wurde durch das Selbstverwaltungsgesetz von 1919 aufgehoben, das in Art. 15 nur noch in zwei Fällen (die für uns nicht in Betracht kommen) das Erfordernis der Genehmigung durch die Staatsaufsichtsbehörde kennt, im übrigen aber gemäß Art. 1 SVG. den Art. 159 rrh. GO. ersetzt hat.

Die Rechtslage war also folgende: Bisher konnte durch Polizeiverordnung der Benutzungszwang festgesetzt werden.

Diese Polizeiverordnung (ortspolizeiliche Vorschrift) bedurfte der Vollziehbarkeitserklärung der Kreisregierung gemäß Art. 6 PStGB. Die Gebührenordnung der mit Benützungszwang ausgestatteten Anstalt bedurfte bis zum Inkrafttreten des SVG. der Genehmigung der Staatsaufsichtsbehörde; seit dem SVG. war sie auch ohne Genehmigung gültig.

Seit dem Inkrafttreten der neuen G O. wird durch Art. 44 Abs. 6 Satz 2 für die den (satzungsmäßigen) Benützungszwang aufstellende Satzung samt der dazu gehörenden Gebührenregelung die Genehmigung der Staatsaufsichtsbehörde erfordert.[65]) Sie ist Voraussetzung der öffentlichrechtlichen Wirksamkeit der Satzung sowohl hinsichtlich des in ihr festgesetzten Zwangsrechts der Gemeinde als auch bezüglich der Höhe der in ihr aufgestellten Gebührensätze. Die Genehmigung ist, wie Laforet es ausdrückt, „nicht Mitwirkung bei einem Rechtsgeschäft des bürgerlichen Rechts, sondern öffentlichrechtliche Ausübung der Staatshoheit." Die Staatsaufsichtsbehörde ist bei der Entscheidung darüber, ob sie die Genehmigung erteilen will oder nicht, in ihrem Ermessen frei, d. h. sie ist nur an ihr „pflichtgemäßes" Ermessen gebunden. Ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung besteht nicht. Da die Erteilung der Genehmigung Ermessenssache der Staatsaufsichtsbehörde ist, so kann diese Frage gemäß Art. 13 Abs. I Ziff. 3 VGG. nicht vom VGH nachgeprüft werden. Ueberhaupt bildet die Verweigerung der Genehmigung keine Verletzung des Selbstverwaltungsrechtes der Gemeinde,[66]) sodaß Art. 10 Abs. 1 Ziff. 2 VGG. überhaupt nicht anwendbar ist.

---

[65]) *Zu dieser Frage siehe auch Laforet, a.a.O., Anm. 38 zu Art. 44 S. 509; Woerner, a.a.O., Anm. 50 zu Art. 44 S. 363.*

[66]) *Inwiefern es nicht angängig sein soll, daß die Staatsaufsichtsbehörde die ihrem Genehmigungsrecht unterliegenden Satzungen in einzelnen Punkten abändert, zumal dieses Genehmigungsrecht ein rein staatsaufsichtliches hoheitliches, und kein Mitwirkungsrecht ist, also in einem gewissen beschränkten Sinn doch auch unter Art. 60 der n. GO. fällt, ist nicht recht einzusehen für den Fall, daß die Gemeinde mit der Aenderung einverstanden ist. Erkennt sie diese Aenderung nicht an, dann kann die Staatsaufsichtsbehörde noch immer die Genehmigung versagen. (Vgl. dagegen Laforet, a.a.O., Anm. 38 zu Art. 44, S. 509.)*

Die Gemeinde hat lediglich das Recht gegen eine Verweigerung der Genehmigung im Wege der Oberaufsichtsbeschwerde vorzugehen. Näheres hierüber unter § 14.

Wenn heute durch ortspolizeiliche Vorschrift ein über den satzungsmäßigen Benützungszwang hinausgehender Zwang zur Benützung einer gemeindlichen Anstalt geschaffen wird, so bedarf diese ortspolizeiliche Vorschrift, wie schon im früheren Recht, der Vollziehbarkeitserklärung durch die Kreisregierung Kammer des Innern (Art. 6 PStGB), die als abgegeben gilt 30 Tage nach der Vorlage an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde, wenn nicht inzwischen eine Antwort erfolgt ist.[67]) Die Gebührenordnung ist in solchem Falle frei von irgendwelcher staatsaufsichtlicher Einwirkung mit Ausnahme der etwaigen Beeinflussung durch Versagung der Bewehrung, die als ortspolizeiliche Vorschrift (Art. 44 Abs. II Satz 1 n. GO.) ebenfalls gemäß Art. 6 PStGB der Vollziehbarkeitserklärung seitens der Kreisregierung K.d.I. bedarf.

Im Regierungsentwurf wollte man auch für eine Reihe von Anstalten, zu deren Gunsten durch Satzung ein Benützungszwang geschaffen werden konnte, noch eine besondere Zustimmung der Staatsaufsichtsbehörde zur Einführung des Benützungszwanges selbst für erforderlich erklären, dazu aber auch noch die Genehmigung der Satzung und Gebührenregelung verlangen. (Vgl. oben § 3 und Verfassungsausschuß, Beilage 2846, Bd. V, 4. Tagung 1926/27, S. 428: Staatsminister Stützel hielt diese Zustimmung für durchaus erforderlich). Es gelang aber doch die allzugroße Furcht vor einem Mißbrauch der den Gemeinden durch Art. 44 Abs. 6 gegebenen Befugnisse zu beseitigen. (Vor allem Mitberichterstatter Ackermann trat energisch für Streichung der Bestimmung über die Zustimmung zur Einführung des Benützungszwanges für Unratabfuhr- und Straßenreinigungsanstalt ein.) Es wäre auch wirklich des Guten zuviel gewesen, wenn man einerseits für zwei Anstalten eine Zustimmung zur Einrichtung eines Benützungszwanges verlangt und dann noch für alle 5 Anstalten des Art. 44 Abs. 6 n. GO. eine Genehmigung der Satzung und Gebührenregelung für erforderlich erklärt hätte. Eines von beiden mußte genügen und das letzte Erfordernis ist wirksam genug um Mißbräuche zu verhüten.

---

[67]) *Aus diesem Grunde ist die Trennung von Satzung und ortspolizeilicher Vorschrift ratsam. Siehe oben § 2.*

3. Abteilung.

Folgen des Benutzungszwanges.

Vorbemerkung:

Allgemeines über das Verhältnis der öffentlichen Gemeindeanstalten zu ihren Benützern.[67a])

Die öffentliche Gemeindeanstalt ist wie jede öffentliche Anstalt ein Stück öffentlicher Verwaltung; sie dient der öffentlichen Wohlfahrt (nicht dem privaten Gewinninteresse der Gemeinde). Das Verhältnis zwischen dem Anstaltsherrn und den Anstaltsbenützern ist also vor allen Dingen ein öffentlich-rechtliches.

Die Gemeinde kann mit den Gemeindeangehörigen in privatrechtliche Beziehungen treten, sie kann private Dienst-, Kauf-, Mietverträge usw. abschließen. Diese richten sich dann ausschließlich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Die Gemeinde kann aber auch öffentlich-rechtliche Verträge schließen und zwar nicht nur mit anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts, sondern auch mit Privaten, also auch mit ihren Angehörigen. Dies ist sehr bestritten. So verneint vor allem O. Mayer[68]) die Möglichkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrags überhaupt, indem er erklärt, daß beim Vertrag notwendigerweise die Willenserklärungen zweier gleichgeordneter Personen zusammenkommen müssen, daß aber zwischen Gemeinden und ihren Angehörigen keine Gleichordnung (wenigstens nicht auf öffentlich-rechtlichem Gebiet) bestehen könne. Die vertragsartigen Beziehungen, die es zwischen Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ja sicher untereinander gleichgeordnet sein können, gibt, nennt O. Mayer „Vereinbarungen" sodaß es nach seiner Anschauung wirklich keine Verträge des öffentlichen Rechts gibt. Vereinbarungen sind Willenseinigungen im strengen Sinn, also wirklich übereinstimmende Willenserklärungen, während beim Vertrag streng genommen keine Willensübereinstimmung herrscht, sondern meist entgegengesetzte Willenserklärungen einander gegenüberstehen. Letzterem ist (mit Sauter) unbedingt entgegenzuhalten, daß auch die öffentlichen Körperschaften bei ihren

---

[67a]) *Eingehende Untersuchungen hierüber hat Sauter a.a.O., S. 43 ff. angestellt.*

[68]) *a.a.O., 3. Aufl., II, S. 381; deutlicher jedoch 2. Aufl. II, S. 682. ff.*

„Vereinbarungen" zu allermeist entgegengesetzte Zwecke und Interessen verfolgen. Das erstere Bedenken O. Mayers gegen die Möglichkeit von öffentlichrechtlichen Verträgen ist aber schon deshalb unhaltbar, weil bei Verträgen des öffentlichen Rechts zwischen öffentlichrechtlicher Körperschaft und Untertan auch die öffentlichrechtliche Körperschaft dem Gesetze unterworfen und insofern in ihrer Willensbestimmung nicht völlig frei ist und nicht willkürlich handeln kann. In der Beziehung sind beide Vertragsteile einander gleich. Das wird insbesondere von Fleiner[69]) mit Recht hervorgehoben. Dieser beschränkt allerdings den öffentlichrechtlichen Vertrag auf besonders gelagerte Fälle, indem er es als unzweckmäßige Bindung des Staates oder der öffentlichrechtlichen Körperschaft bezeichnet, wenn sie viele Verträge öffentlichrechtlicher Art abschließen.

Soviel nur zur Klarstellung, daß sowohl öffentlichrechtliche als privatrechtliche Verträge zwischen öffentlichrechtlicher Körperschaft und dem Einzelnen möglich sind.

Was ist nun die rechtliche Natur des Verhältnisses zwischen dem Herrn der öffentlichen Gemeindeanstalt und dem Anstaltsbenutzer?

Daß es grundsätzlich kein privatrechtliches ist, ist allgemein anerkannt, wenn es auch einzelne öffentlichrechtliche Anstalten gibt, die gemäß ihrer ganzen geschichtlichen Entwicklung privatrechtliche Verträge mit ihren Benützern abschließen (Beispiel: Eisenbahnen).

Wenn das Verhältnis also im allgemeinen unter das öffentliche Recht fällt, so kann es sein ein öffentlichrechtlicher Vertrag zwischen der Gemeinde und dem einzelnen Benützer oder ein hoheitliches Verhältnis kraft Ueberordnung der Gemeinde über ihre Angehörigen.

Die erstere Ansicht wird eigentlich nur in Bayern vertreten und zwar zuerst und ausführlich in VGH. 38, 46 ff.[70]) Hier

---

[69]) *Fleiner, a.a.O.*

[70]) *Siehe insbesondere VGH 38, S. 50: „Indem seinerzeit die in den Friedhofsatzungen geforderten Gebühren entrichtet wurden, ergab sich ein auf Erfüllung der in § . . . der Leichenordnung bezeichneten Leistungen gerichtetes Vertragsverhältnis zwischen der Stadtgemeinde und der Familie W.*
Die Gemeinde handelt beim Erlaß der Satzungen über die Benützung eines Friedhofes als verantwortliche Trä-

vertritt der VGH entschieden den Standpunkt, daß die Natur des Verhältnisses zwischen der Gemeinde und dem Benützer eines gemeindlichen Friedhofs eine vertragliche sei, er spricht von „vertragsmäßig erworbenem Begräbnisplatz und vertragsmäßigen Beziehungen". Die Ansicht des VGH in Bd. 10, 387 (27. 2. 89.) war noch etwas zurückhaltender, indem hier von „vertragsmäßigem oder doch vertragsähnlichem" Verhältnis gesprochen wurde. Die Vertragsofferte liegt nach Ansicht des VGH anscheinend in den Bestimmungen der Satzung, die Annahme in der Benützung der Anstalt. Damit wandelt der VGH objektives Recht in Vertragsrecht um. Ein Recht zur Benützung einer Anstalt entsteht nach dieser Ansicht nicht durch den Erlaß der Satzung, sondern durch die Annahme der Vertragsbedingungen.

Diese Konstruktion ist sehr bedenklich. Sie versagt z. B. ohne weiteres von selbst, wenn Benutzungszwang eingeführt ist; denn von einem Vertragsverhältnis kann dann nicht mehr gesprochen werden, weil die Willensfreiheit auf der einen Seite fehlt.[71]) Die Satzungsbestimmungen an sich sind bei eingeführtem Benutzungszwang keine anderen als dann, wenn der Benutzungszwang nicht eingeführt ist. Man kann sie nicht das einemal als örtliches Gesetz, das anderemal als Vertragsofferte und (nach Annahme dieses Vertrages) als Vertragsbedingungen betrachten. Man würde damit eine Differenzierung vornehmen, die dem Gesetzgeber sicher ferngelegen hat.

Die Konstruktion des VGH ist auch unnötig, da man die „dem gesellschaftlichen Leben und der Entwicklung unserer Gesamtkultur am besten gerecht werdende Auslegung der Satzungsbestimmungen" auch ohne Vertragskonstruktion finden kann, wie Sauter a.a.O. richtig bemerkt. So kann man diese Konstruktion insbesondere entbehren, um den vom VGH auf § 157 BGB zurückgeführten Grundsatz der Auslegung der Verträge nach Treu und Glauben hier anwenden

---

gerin der öffentlichen Gewalt und bestimmt daher einseitig die Bedingungen, unter welchen die Einzelnen zur Benützung der Anstalt zugelassen werden. Sobald aber ein Privater von der Anstalt Gebrauch macht und diese Bedingungen erfüllt, ergibt sich aus dem hiedurch zustandegekommenen Vertragsverhältnis die Folge, daß die einschlägigen Bestimmungen der Satzung über die Benützung der Anstalt zum Vertragsinhalt werden."

[71]) *Siehe auch Jmmich, a.a.O., S. 214.*

zu können; denn da auch durch Gesetz schuldrechtliche Verhältnisse entstehen können, so kann auf die durch die Satzung entstehenden schuldrechtlichen Verhältnisse auch § 242 BGB angewendet werden, der zum gleichen Ergebnis führt und die Vertragskonstruktion vermeidet. Man braucht die Konstruktion aber auch nicht um ein Recht des einzelnen auf Benutzung aufstellen zu können; man muß nur daran festhalten, daß durch die Benützung der Anstalt nach den satzungsmäßig festgelegten Bedingungen ein subjektives öffentliches Recht für den Benützer geschaffen wird, das verwaltungsgerichtlichen Schutz genießt (Art. 8 Ziff. 31 VGG). (Näheres über das Benutzungsrecht, insbesondere über die Frage, welcher Benützer dieses Recht hat, siehe unten § 9.)

Auch Fleiner steht auf dem Standpunkt, daß das Verhältnis zwischen Anstalt und Benützer (gleichgültig ob die Anstalt freiwillig oder gezwungen benützt wird) nicht auf einem Vertrag beruht, sondern auf der dem Einzelnen gemäß den Vorschriften des öffentlichen Rechts erteilten Gebrauchserlaubnis. Darin liegt auch nach Fleiner der Vorteil, daß der Einzelne nicht wie bei einem gewerblichen Unternehmen zusehen muß, ob dieses Unternehmen mit ihm einen Vertrag schließen will oder nicht, sondern daß er gemäß den Zulassungs- und Benützungsbedingungen, die objektives Recht darstellen und in der Satzung enthalten sein müssen, sein Recht auf Zulassung und Benützung ermessen kann.

Eine nicht in den Kreis der vorliegenden Erörterungen fallende Frage ist die nach den allgemeinen anstaltlichen Unterwerfungsverhältnissen, die durch den Eintritt in die Anstalt entstehen, die Unterwerfung des Benutzers unter die Anstaltsordnung, unter die Anstaltsdisziplin, unter die Anstaltspolizei, die den Anstaltsorganen nach überwiegender Ansicht ohne besondere Uebertragung zusteht, zu ihrer Ausübung aber auch derselben gesetzlichen Grundlagen bedarf wie jedes andere polizeiliche Eingreifen.

---

[72]) *Fleiner, a.a.O., S. 336; vgl. ferner Jellinek, a.a.O., S. 495 (hier ist der Gedanke zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber aus dem Zusammenhang zu entnehmen); O. Mayer, a.a.O., 2. Aufl. II, S. 468 ff.*

§ 9.

Recht zur Benützung.

Daß man ein Recht (subjektives öffentliches Recht) auf die Benützung der Gemeindeanstalt dann anerkennen muß, wenn der Gemeindeangehörige gemäß den Satzungsbestimmungen die Anstalt benützt, wurde bereits in den Vorbemerkungen allgemein erwähnt.[73])

Vor Inkrafttreten der n. GO. wurde dieses Recht erst aus allgemeinen Grundsätzen herauskristallisiert,[74]) was dann zu der oben abgelehnten Vertragskonstruktion in VGH 38, 46 ff. führte.

Jetzt enthält Art. 44 Abs. I Satz 2 selbst die Bestimmung: „Zur Benützung" (zu ergänzen: der gemeindlichen Anstalten, Einrichtungen und Unternehmungen) „ist jeder berechtigt, der in der Gemeinde wohnt oder sich aufhält oder in der Gemeinde mit Umlagen veranlagt ist und die für die Benützung allgemein bestimmten Voraussetzungen erfüllt."

Schon früher wurde vom VGH hinsichtlich des Art. 40 Abs. I rrh. GO. der Satz aufgestellt, daß sich die Benutzung einer Gemeindeanstalt im wesentlichen nach öffentlichrechtlichen Widmung des Eigentums, der Anstalten, Unternehmungen usw. der Gemeinde richtet,[75]) daß die Anstalt daher

---

[73]) *Nach Fleiner, a.a.O., S. 335, kann allgemein ein Anspruch des Einzelnen auf Zulassung dann, wenn die Benutzung einer öffentlichen Anstalt in das Ermessen des Einzelnen gestellt ist, entweder zu einem subjektiven öffentlichen Recht erhoben sein, oder aber im Gewande des allgemeinen Anspruch auf Gesetzesvollziehung (des Anspruchs gegenüber den Behörden, daß sie die zu seinen Gunsten erlassenen Gesetze vollziehen) zur Geltung gebracht werden.*

[74]) *Siehe allerdings Art. 19 Abs. II Ziff. 4 rrh. GO.: Diese Bestimmung ist aber schon von Kahr I, S. 214 als wertlos bezeichnet worden, da gerade die Benützung von Gemeindeanstalten sich nicht auf das Bürgerrecht gründet.*

[75]) *Benützungsrecht ist möglich je nach den besonderen Verhältnissen, nach der Natur und der Zweckbestimmung der Anstalt, sowie nach den von der Gemeinde über die Benützung der Anstalt getroffenen Bestimmungen. Ein Anspruch ist aber erst nach Maßgabe der besonderen Bedingungen gegeben, so VGH 27, 119. Vgl. im übrigen zu der Frage Laforet a.a.O., Anm. 9 zu Art. 44.*

nur von einem dieser Widmung entsprechenden Personenkreis benützt werden kann. Dieser Satz sagt jedoch an sich noch nichts aus über ein Recht zur Benützung, sondern nur über die Möglichkeit derselben. Er gilt heute noch im gleichen Umfang wie unter der Herrschaft der alten rrh. GO., nur daß jetzt ausdrücklich ein Recht zur Benützung von gemeindlichen Anstalten im Gesetz selbst ausgesprochen ist. Wenn Art. 44 Abs. I Satz 2 jedem das Recht der Benützung gibt, „der . . . erfüllt", so ist damit gesagt, daß unter den zu dem bestimmten Personenkreis gehörigen Personen (wenn sie die allgemein bestimmten Voraussetzungen erfüllen) kein Unterschied gemacht werden darf. Wer also einerseits zu diesem Personenkreis gehört, andererseits die allgemein bestimmten Voraussetzungen erfüllt, ist von der Gemeinde zur Benützung der Anstalt zuzulassen,[76]) und kann, wenn er die Anstalt benützt und nicht gegen die allgemeinen Voraussetzungen und Ordnungsvorschriften verstößt, nicht von der Benützung der Anstalt ausgeschlossen werden. (Ob Ausschluß bei Benützungszwang möglich ist, darüber siehe unten.)

Die Frage des der Widmung der Anstalt entsprechenden Personenkreises ist erst in letzter Zeit wieder zur Entscheidung gekommen in dem Erkenntnis des VGH in BGVZ. 1928, S. 231.[77]). Hier hatte eine Gemeinde für alle Schlachtungen innerhalb des Gemeindebezirks ein Schlachthaus errichtet und bestimmt, daß alle Schlachtungen bestimmter Tiere hier vorgenommen werden mußten. „Damit hat sie," so sagt der VGH, „den Zweck der Einrichtung umgrenzt. Ein Metzger mit Wohnsitz und Aufenthalt in einer anderen Gemeinde, der in der Gemeinde nur vorübergehend Aufenthalt zu dem Zwecke nimmt, um dort im Schlachthaus eine Schlachtung vorzunehmen, fällt nicht unter den Personenkreis der Einrichtung." Er ist also nach Art. 44 Abs. I Satz 2 nicht ohne weiteres berechtigt das Schlachthaus zu benützen. „Wenn die Gemeinde ihr Schlachthaus allgemein freigegeben hat, so kann sie nicht den Metzger der einen Nachbargemeinde zulassen und den der anderen ausschließen, sie muß alle Metzger

---

[76]) *Der VGH 32, 91 schreibt für das frühere Recht: „Er hat, sobald die Gemeinde durch statutarische Bestimmungen mit den Einzelnen in Beziehung getreten ist, ein klagbares Recht auf Benützung."*

[77]) *Ebenso VGH in BVBl. 1928, 130 und ähnlich VGH 24, 297.*

zulassen, die sich, wenn auch nur ganz vorübergehend, in der Gemeinde aufhalten."

Außer den allgemein bestimmten Voraussetzungen ist der Anspruch auf Benützung der gemeindlichen Anstalt in Art. 44 Abs. I Satz 2 n. GO. noch abhängig gemacht davon, daß der Betreffende entweder in der Gemeinde wohnt oder sich dort aufhält[78]) (wenn auch nur vorübergehend, außer wenn die Zweckbestimmung anders umgrenzt ist; vgl. oben) oder mit Umlagen (aus Haus-, Grund-, Gewerbe- oder Hausiersteuer) veranlagt ist (auch wenn er nicht im Gemeindebezirk wohnt oder sich aufhält).

Sind alle diese Voraussetzungen gegeben, so besteht für den Gemeindeangehörigen oder den sonst nach Art. 44 Abs. I Berechtigten ein Rechtsanspruch gegen die Gemeinde auf Zulassung der Anstaltsbenützung, ein subjektives öffentliches Recht, das jetzt im Gesetze selbst verankert ist. Dieses Recht kann nach Art. 44 Abs. V der neuen Gemeindeordnung in Verbindung mit Art. 8 Ziff. 31 VGG im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden (Näheres hierüber unter § 14).

Wenn jemand die Anstalt benützt und den allgemeinen Bestimmungen über die Ordnung in der Anstalt und über die Anstaltsbenutzung zuwiderhandelt, kann er kraft der Anstaltsgewalt von der Weiterbenützung der Anstalt entweder zeitweilig oder dauernd ausgeschlossen werden. Das ist anerkannt durch Entscheidung des VGH Bd. 35, S. 47, (5. 12. 13) und des Sächs. OVG. Reger 47, S. 149 ff. (12. 2. 24).

Es erhebt sich nun die Frage, ob bei eingeführtem Benutzungszwang nicht das Recht zur Benützung, das für diesen Fall auch von denen bejaht wird, die sonst ein Benützungsrecht nicht gelten lassen wollen, eine Verstärkung insofern erfährt, als der Ausschluß von der Anstalt bei bestehendem Benutzungszwang unstatthaft ist.[79])

In dem der Entscheidung des Sächs. OVG. unterstellten Falle hatte eine Gemeinde durch Ortssatzung über Ein-

---

[78]) *Es ist kein qualifizierter Aufenthalt etwa im Sinne des „gewöhnlichen Aufenthalts" des § 7 RFV oder Art. 32 Satz 3 GO. (siehe Laforet, a.a.O., Anm. 8 zu Art. 32) verlangt.*

[79]) *Ueber Recht und Pflicht zur Benützung als korrespondierend vgl. Preuß. OVG. 62, 243, auch die folgende Entsch. des Sächs. OVG Reger 47, 149 ff., insbesondere unten S. 61.*

führung des Schlachtzwanges (durch Schlachthofordnung) das Schlachten von Rindern, Kälbern, usw. in Privatschlächtereien verboten und nur im Städt. Schlachthause gestattet. In der Schlachthofordnung war bestimmt: „Personen, die wiederholt Zuwiderhandlungen gegen diese Ordnung begangen haben, kann der Zutritt zum Schlacht- und Viehhof für bestimmte Zeit oder für immer verboten werden." In der Entscheidung heißt es: „Der Schlachtzwang läßt sich nur mit medizinal- und veterinärpolizeilichen Gründen rechtfertigen; er erhebt die zu seiner Durchführung geschaffene Anstalt zur öffentlichen Einrichtung (wenn sie es nicht schon vorher war. d. Verf.) und gibt der dort von der Gemeinde entwickelten Tätigkeit das Gepräge der öffentlichen Verwaltung. Infolgedessen ist der Ausschluß eines Fleischers von dem Recht der Benützung der Anstaltseinrichtungen nur im Weg einer behördlichen Verfügung möglich.

Es ist zu prüfen, inwieweit die Bestimmungen eines Polizeiregulativs, welches ganz allgemein Fleischer, welche wegen . . . . bestraft sind, von der Benützung des Schlachthofs auszuschließen gestattet, sich mit den reichsrechtlichen Vorschriften vereinbaren läßt, auf denen der Schlachthauszwang beruht. Daß aus dem Benutzungszwang einer öffentlichen Anstalt ihr Benutzungsrecht folgt, daß insbesondere ein Schlachthaus jedem, der im Ort das Schlächtereigewerbe ausübt, zugänglich sein muß, damit er auf das Schlachthaus beschränkte Verrichtungen dort vornehmen kann, kann ebensowenig zweifelhaft sein wie die Tatsache, daß eine Polizeibehörde einem Fleischer, der wegen Diebstahls usw. rechtskräftig verurteilt ist, weder auf Zeit noch dauernd den Betrieb seines Gewerbes untersagen darf. Der Betrieb einer öffentlichen Anstalt hat zwar den Erlaß von Normen zur Folge, die dessen ordnungsgemäßer Abwicklung zu dienen bestimmt sind und daher auch einer schrankenlosen Ausübung des Gewerbebetriebs mehr oder weniger starke Fesseln anlegen müssen. Inwieweit aber insbesondere der zeitweilige Ausschluß eines Benutzungsberechtigten von der Benützung der Anstalt diesem Zwecke zu dienen überhaupt geeignet und zulässig ist, ob insbesondere eine solche Maßnahme nicht den Charakter einer Disziplinarstrafe für eine strafrechtliche Verurteilung annimmt, wird eingehender Erwägung bedürfen."

Soviel steht nach der Entscheidung des Sächs. OVG. fest, daß ein Ausschluß, wenn er überhaupt zulässig ist, nur durch eine behördliche Verfügung erfolgen kann. Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Ausschluß von der Anstaltsbenutzung

durch behördlichen Akt möglich ist, ist in der vorliegenden Entscheidung nicht erschöpfend geprüft worden.

Bei Anstalten ohne Benützungszwang wird man, wie bereits erwähnt, einen Ausschluß von der Benützung der Anstalt für zulässig halten dürfen, da der Ausgeschlossene in seiner Tätigkeit nicht behindert wird und die bisher durch die Gemeindeanstalt vorgenommene Tätigkeit durch eine andere Person oder Anstalt vorgenommen werden kann.

Anders bei eingeführtem Benutzungszwang (wobei es gleichgültig ist, ob der Benützungszwang ein polizeilicher oder ein satzungsmäßiger ist.) Wird ein Anstaltsbenützer von einer gemeindlichen Anstalt ausgeschlossen, welche ausschließlich zu benützen er verpflichtet ist, so wird damit tatsächlich seiner weiteren Tätigkeit[80]) der Boden entzogen. Einem Metzger z. B., der den Schlachthof benützen muß, wird, wenn er von der Benützung des Schlachthofs ausgeschlossen wird, der Betrieb seines Gewerbes unmöglich gemacht. Es wird also im Falle des Schlachthauszwanges tatsächlich ein Zustand geschaffen, der der Untersagung des Gewerbes gleichkommt. Eine solche ist aber bei Metzgern mangels besonderer Bestimmungen nur aus dem allgemeinen Grunde des § 51 Gew. O. zulässig, also nur wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl. Bei den anderen 4 Anstalten des Art. 44 Abs. 6 GO., kommt dieser Gesichtspunkt nicht in Frage; hier wird aber schon die praktische Durchführung des Ausschlusses Schwierigkeiten bereiten. Bei der Wasserleitung kann ja möglicherweise die Leitung gesperrt werden, ohne daß sich allzu schwerwiegende Folgerungen ergeben. Aber durch den Ausschluß von der Straßenreinigung, Kanalisation und Unratabfuhr würde die Gemeinde meist selber einen polizeiwidrigen Zustand herbeiführen (besonders dann, wenn der Anschlußzwang ein polizeilicher ist). Denn die Gemeinde würde den betreffenden Benutzer aus der Anstalt ausschließen, also, soweit er in Frage kommt, ihre Leistung einstellen; er selbst dürfte aber (wenigstens beim polizeilichen Benützungszwang, der nicht nur ein Monopol schafft) die fragliche Tätigkeit (Straßenreinigung usw.) nicht ausüben: die Folge wäre ein Verstoß gegen die polizeilichen Bestimmungen über Reinlichkeit usw. auf öffentlichen Straßen.

---

[80]) *Es wird hier absichtlich der Ausdruck „Tätigkeit" gebraucht, da ein „Gewerbebetrieb" nur eigentlich beim Schlachthauszwang unmöglich gemacht wird.*

Die rechtliche Zulässigkeit eines Ausschlusses von der Anstaltsbenutzung ist aber in allen Fällen, in denen Benützungszwang eingeführt ist, sehr in Frage zu stellen. Wird schon ein Recht zur Benützung angenommen, wenn kein Benützungszwang festgelegt ist, so muß dieses Recht auf Benützung, da Benutzungsrecht und Benutzungspflicht regelmäßig korrespondieren, verstärkt sein (als Gegengewicht gegen die eingeführte Benutzungspflicht).

Da die gemeindliche Satzung meist durch Strafvorschriften bewehrt ist (Art. 44 Abs. 2 n. GO.), so kann man an die Möglichkeit eines zeitweiligen Ausschlusses von der Anstaltsbenutzung allerdings denken unter dem Gesichtspunkt der Verhinderung strafbarer Handlungen (Art. 102 AG. StPO); denn die Verhinderung einer solchen strafbaren Handlung kann gegebenenfalls durch zeitweiligen Ausschluß von der Benützung einer Anstalt wohl bewerkstelligt werden.

Ich möchte nach dem bisher Gesagten die Zulässigkeit eines zeitweiligen Ausschlusses in allen anderen als den Fällen der Verhinderung strafbarer Handlungen, die Zulässigkeit eines dauernden Ausschlusses von der Benützung einer Anstalt aber beim Schlachthofzwang überhaupt und sonst in allen Fällen verneinen, in denen der Benützungszwang über ein gemeindliches Monopol hinausgeht.

§ 10.

Pflicht zur Benützung.

Es soll hier nur im Interesse der systematischen Klarheit nochmals eine gedrängte Uebersicht über das schon in den §§ 1, 2 und 4 Entwickelte gegeben werden.

Es steht dem erhöhten Recht zur Benutzung der gemeindlichen Anstalt eine Pflicht zu ihrer Benützung gegenüber eine Pflicht aber nur in dem schon in § 4 erläuterten Sinne. Es wird für die Gemeinde nur das Recht begründet vom Einzelnen, der eine bestimmte Tätigkeit nicht selbst vornehmen kann oder will, zu verlangen, daß er zur Vornahme dieser Tätigkeit die Gemeindeanstalt benütze.

Soll die Pflicht zur Benutzung einer gemeindlichen Anstalt darüber hinaus erweitert, zu einem negativen Benutzungszwang gestaltet werden, so kann dies nur geschehen auf Grund polizeilicher Vorschriften, die selbst wieder eine spezielle Grundlage im Gesetz haben müssen. Dieses Erfordernis

bestand früher für die Einführung eines jeden Zwanges zur Benützung einer gemeindlichen Anstalt.

Ein Benutzungszwang für alle nicht in Art. 44 Abs. 6 n. GO. aufgeführten Anstalten kann, wie ebenfalls schon erwähnt, nur aufgrund spezieller Ermächtigung durch Polizeiverordnung (ortspolizeiliche Vorschrift) erfolgen.

§ 11.

Gebührenpflicht.[81])

Der Benützer der gemeindlichen Anstalt hat die Pflicht zur Zahlung von Gebühren für die Benützung, wenn die Gemeinde solche eingeführt hat.

Gebühr als Art der öffentlichen Abgabe (denn nur mit diesem Begriff haben wir es hier zu tun; andere Bedeutungen des Wortes siehe bei W. Jellinek im Abschnitt „Gebühr" S. 373 ff.) ist eine öffentlich-rechtliche Gegenleistung für eine besondere Inanspruchnahme der Verwaltung. Nach dieser Begriffsbestimmung würde auch eine aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag hervorgehende Leistung damit gemeint sein. Man wird daher noch in den Begriff einfügen müssen, daß die Gebühr eine einseitig vom Staat oder der Gemeinde auferlegte Leistung ist, ein vom Staat oder der Gemeinde als dem Einzelnen übergeordnetem Verbande dem Gewaltunterworfenen auferlegtes Entgelt[82]) für eine Verwaltungstätigkeit (z.B. Beurkundung usw.: Verwaltungsgebühr) oder für die Benützung einer staatlichen oder gemeindlichen Anstalt (Benützungsgebühr).

Die Gebühr ist also keine vertragliche Gegenleistung, weder auf einem privatrechtlichen noch auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhend. Die Gemeinde kann, wie oben schon erwähnt, Unternehmungen im privatrechtlichen Sinne führen.[83]) Sie untersteht dann ebenso wie der Vertragsgegner, den Bestimmungen des Privatrechts. Durch Vertrag entsteht auf Seite der Gemeinde eine Pflicht zur Leistung, auf Seite

---

[81]) *Jellinek, a.a.O., S. 373 ff.; Fleiner, a.a.O., S. 425 ff.; Strutz, HWStW IV, S. 616 ff.; Stier-Somlo, HWR II, S. 596; Laforet, a.a.O., S. 485; Woerner, a.a.O., Anm. 8 zu Art. 44.*

[82]) *Diese Begriffsbestimmung bei Strutz, a.a.O., S. 617.*

[83]) *vgl. über die Natur des Wasserzinses bei gemeindlicher Wasserleitung, Bl f a Pr. 30, 322/23; für Marktgebühren, Bl f a Pr. 32, 408 ff.*

des Gemeindeangehörigen eine Pflicht zur Gegenleistung. Anders bei der öffentlich-rechtlichen Gebühr. Hier setzt die Gemeinde kraft ihrer obrigkeitlichen Befugnisse fest, daß ein gewisses Entgelt für die Benützung einer Anstalt zu zahlen ist.[84]) Wer die Anstalt benützen will, muß sich dieser gesetzlich normierten Pflicht unterwerfen. Die Entscheidung, ob in einem Einzelfall eine bürgerlichrechtliche oder öffentlichrechtliche Gegenleistung vorliegt, ist oft sehr schwierig. Man kann nicht immer darauf gehen, daß die benützte Anstalt eine öffentliche ist, denn auch bei solchen können Privatrechtsverhältnisse zwischen Anstalt und Benützer vorkommen (siehe oben!). Besser kann man sich darauf verlassen, daß die vertragliche Leistung einen Verpflichtungswillen des Benützers voraussetzt,[85]) die Gebührenpflicht dagegen von einem solchen unabhängig ist. Man kann aber die Natur des Entgelts feststellen, wenn man auf den Charakter des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses sieht, aber auch dieses ist, wie in § 5 oben schon angedeutet wurde, oft äußerst schwer zu bestimmen. Mit äußerlichen Unterscheidungen kann man jedenfalls so wenig arbeiten wie bei der Unterscheidung zwischen öffentlicher Anstalt und Gewerbebetrieb. Während bei dieser Unterscheidung der Zweck vor allem ins Auge gefaßt werden muß (siehe oben!), ist bei der Unterscheidung von öffentlichrechtlichem und privatrechtlichem Verhältnis zwischen Anstalt und Benutzer der Wille des Anstaltsherrn maßgebend; nicht die äußeren Erkennungsmerkmale, die Sauter unzweckmäßigerweise für die Unterscheidung von öffentlicher Anstalt und Gewerbebetrieb anführt, kommen hier in Betracht, sondern der Wille der Gemeinde, ob das Verhältnis ein vertragliches (privatrechtliches) oder ein obrigkeitliches (öffentlichrechtliches) sein soll.

Die Gebühr ist eine Gegenleistung für eine Leistung der Gemeinde (oder des Staates). Dadurch unterscheidet sie sich von der Steuer. Die Steuer wird obrigkeitlich festgesetzt

---

[84]) *Vgl. VGH 12, 65 (Kanalisation von Würzburg), ferner Kahr, a.a.O., I, S. 408/09.*

[85]) *Jellinek gibt a.a.O., S. 474 ein Beispiel: „Die Gemeinde kann den Gebrauch von Stühlen und Bänken in einem Ausstellungspark gebührenpflichtig machen. Setzt sich jemand, ohne von der Gebührenordnung etwas zu wissen, auf einen solchen Stuhl, so braucht er nur bei öffentlichrechtlicher Regelung etwas zu zahlen, da bei vertraglicher Regelung der Vertrag fehlt."*

ohne Rücksicht darauf, ob die öffentlichrechtliche Körperschaft dem Einzelnen etwas leistet oder nicht; die Gebühr ist nur zu entrichten, wenn die Gemeinde wirklich dem Einzelnen etwas geleistet hat. Ob mit seinem Willen oder gegen ihn, ist dabei meistens gleichgültig.

Etwas Selbstverständliches, wie O. Mayer, a.a.O. II, 3. Aufl., S. 288, es annimmt, ist die Gebührenpflicht für eine Handlung des Staates oder der Gemeinde nicht. Die Gebührenpflicht entsteht daher nur kraft besonderer Anordnung des Gesetzes.[86])

Der Zweck der Gebühr ist zum Teil der gleiche wie der der Steuer, nämlich die Kosten der Verwaltung zu decken, nicht aber (und darin geht die Steuer über die Gebühr hinaus) dem Staate oder der Gemeinde eine Einnahmequelle zu verschaffen; die Höhe der Gebühr ist daher entsprechend den Kosten der Verwaltung zu bemessen.

Für das neue Gebührenrecht gilt in Bayern im wesentlichen noch das, was schon im bisherigen Recht in diesem Punkte entwickelt wurde.

Nach Art. 39 rrh. GO. sind die Gemeindeausgaben . . . aus den für die Benützung von öffentlichen Anstalten festgesetzten Gebühren . . . zu bestreiten.[87]) Daß diese Gebühren unter die örtlichen Abgaben fallen, bewies Art. 39 Abs. II rrh. GO., der von sonstigen örtlichen Abgaben sprach, und Art. 44 Abs. I, der örtliche Abgaben für Benützung des Eigentums, der Anstalten und Einrichtungen der Gemeinde erwähnt.

In der Festsetzung der Gebühren hatten und haben die Gemeinden einen besonders weiten Spielraum; eine Einschränkung bedeutete nur in der rrh. GO. Art. 40, Abs. I und bedeutet in der n. GO. Art. 44, Abs. 1 der Satz: „soweit nicht Gesetze oder Staatsverträge entgegenstehen".[88]) Abgesehen von dieser Einschränkung konnten und können die Gemeinden die Festsetzungen über die Gebühren für Benutzung von öffentlichen Anstalten (nicht also für Benützung ihrer privaten Betriebe) autoritativ festsetzen. Sie sind hiezu

---

[86]) *Siehe hierüber Fleiner, a.a.O., S. 425; ferner VGH 27, 55 ff.*

[87]) *Für das Folgende vgl. Kahr, S. 403/04 ff.*

[88]) *Vgl. VGH 1, 230. - Eine weitere Einschränkung bestand bloß noch in dem Erfordernis staatsaufsichtlicher Genehmigung gemäß Art. 159 Ziff. 6 rrh. GO. bei Zwangspflicht; dieses ist aber seit SVG Art. 15 weggefallen.*

berechtigt, aber nicht verpflichtet. Es kann z. B. eine Gemeinde ihr Wasser- oder Gaswerk privatrechtlich betreiben, also mit den Abnehmern privatrechtliche Lieferungsverträge abschließen und sich hiefür einen Preis bezahlen lassen, die andere aber kraft ihrer Autonomie durch Ortsstatut die Verhältnisse der Anstalten allgemein regeln und die Gebühren als öffentlichrechtliches Entgelt für die Leistung der Gemeinde obrigkeitlich festsetzen. Ob dieses Entgelt eine öffentlichrechtliche Gebühr oder eine privatrechtliche Gegenleistung ist, ist, wie schon erwähnt, zuverlässig nur aus der Art des Verhältnisses zwischen der Anstalt und den Benützern zu bestimmen.[89]) Das ist aber sicher, daß das Verhältnis dann, wenn ein Benützungszwang in irgendeiner Form eingeführt ist, ein öffentlichrechtliches und das für die Benutzung zu leistende Entgelt eine öffentlichrechtliche Gebühr sein muß.

Eine unerläßliche Voraussetzung der Pflicht zur Gebührenzahlung ist entsprechend der Natur der Gebühr als der eines Entgelts für eine Leistung der Gemeinde die tatsächliche Benutzung der Anstalt.[90]) Die Gemeinde kann nicht die Entrichtung einer Gebühr verlangen, wenn sie nichts geleistet oder der Benützer die Anstalt nicht in Anspruch genommen hat. Dies gilt im gleichen Umfang auch dann, wenn die Gemeinde für ihre Anstalt einen Benützungszwang (sei es einen satzungsmäßigen oder einen polizeilichen) eingeführt hat. Auch dann hat sie einen Anspruch auf Gebührenzahlung nur, wenn eine tatsächliche Benützung der Anstalt stattgefunden hat.

Wenn die Gemeinde die Bürger zwingen kann, eine Anstalt zu benützen, dann kann sie damit auch einen Zwang auf die Zahlung von Gebühren gegen den Willen der Einzelnen ausüben, aber immer nur in Verbindung mit dem Zwang zur Benützung. Dieser Zwang kann naturgemäß beim polizeilichen Benützungszwang weiter gehen als beim satzungsmässigen. Denn wenn, wie oben dargetan, der satzungsmäßige

---

[89]) *Notwendig gehört dazu, daß die „Abgaben" allgemein normiert sind und nicht von Fall zu Fall festgesetzt werden; sonst sind sie keine „öffentlichrechtlichen Gebühren": VGH 12, 63/64. Vgl. ferner Kahr, a.a.O., I, S. 424; Bl f a Pr. 30, 321 ff.*

[90]) *Kahr, a.a.O., I, S. 408, Fußn. 8, S. 424, Note 9; Woerner, a.a.O., Anm. 8, Art. 44, S. 492 ff.; VGH 1, 152; 36, 41, 47; 48, 71, 72. Bl f a Pr. 39, 395 ff. (Unzulässigkeit der Festsetzung einer Leichenhausgebühr auch für den Fall der Nichtbenützung.)*

Benützungszwang der Gemeinde nur das Recht gibt, den zur Benützung der Gemeindeanstalt zu zwingen, der die von der betreffenden in Art. 44. Abs. 6 n. GO. aufgeführten Anstalt ausgeübte Tätigkeit nicht selbst ausüben kann oder will, so kann auch nach dem allgemeinen Grundsatz über den Entgeltcharakter der Gebühr nur der zur Gebührenzahlung gezwungen werden, der nicht selbst die betreffende Tätigkeit ausführt. Aber auch bei eingeführtem Benutzungszwang muß die Anstalt wirklich benützt worden sein, damit Gebühren verlangt werden können.

Wenn also z. B. die Gemeinde die Benutzung ihrer gemeindlichen Wasserleitung gemäß Art. 44 Abs. 6 zur Zwangspflicht gemacht hat, so kann sie von demjenigen, der einen Privatbrunnen besitzt oder baut, wozu er jederzeit berechtigt ist (siehe unten § 13), und deshalb die gemeindliche Wasserleitung nicht benötigt und nicht benützt, keine Gebühren verlangen, ebensowenig wie sie (entgegen der Meinung Woerners) einen solchen zum Anschluß an die Wasserleitung durch die Satzung zwingen kann.

Ist der Zwang zur Benützung der Wasserleitung auf Grund gesundheitspolizeilicher Erwägungen durch ortspolizeiliche Vorschrift eingeführt auch für solche, die sich selbst durch einen Brunnen Wasser beschaffen können und beschaffen, so wird auch der Brunnenbesitzer gebührenpflichtig, sobald er gezwungen wird, sein Anwesen an die gemeindliche Wasserleitungsanstalt anschließen zu lassen. Uebersieht es die Polizeibehörde den Brunnenbesitzer zum Anschluß an die Wasserleitung zu zwingen, so kann die Gemeinde, so lange er tatsächlich noch nicht angeschlossen ist, ebenfalls keine Gebühren von ihm verlangen, denn sie hat, obwohl nach polizeilicher Anordnung hiezu ausschließlich berechtigt, dem Betreffenden tatsächlich noch nichts geleistet.

Daß der Benutzungszwang sich nicht darin erschöpft, wie bei Woerner[91]) zu lesen, daß der Pflichtige die Gebühren bezahlt, wie wenn er die Anstalt benützen würde, im übrigen aber weder die Anstalt benützt, noch die Einrichtungen herstellen läßt und herstellt, die zur Benützung erforderlich sind, ist auch nach der hier gegebenen Definition des Benutzungszwanges richtig. Woerner dehnt aber diese Benützungspflicht weiter aus; hierüber Näheres unten § 13.

Was die Frage der Gleichmäßigkeit der Gebühren anlangt, so gilt jedenfalls dieser Grundsatz, wenn der Benut-

[91]) *a.a.O., Anm. 48 zu Art. 44, S. 362.*

zungszwang eingeführt ist.[92]) Ueber die Gleichartigkeit der Gebühren bei fehlendem Benutzungszwang und über die schwankende Rechtsprechung des VGH in dieser Frage wurde das Nötige schon oben, S. 33 ausgeführt.

Mit besonderer Vorsicht werden die Gemeinden die Gebührenfrage bei statutarischem Benützungszwang zu behandeln haben, da hier gemäß Art. 44 Abs. 6 Satz 2 die Satzung einschl. der Gebühenregelung der Genehmigung durch die Staatsaufsichtsbehörde bedarf (siehe oben S. 36 ff.). Beim polizeilichen Benützungszwang ist diese Genehmigung nicht erforderlich, dafür aber die Vollziehbarkeitserklärung durch die Kreisregierung K. d. I.

Schuldner der Gebühren ist derjenige, den die Satzung als solchen bezeichnet, wenn und sobald er die Anstalt tatsächlich in Anspruch genommen hat.[93]) Es kommt nicht darauf an, ob er die Anstalt mit dem Willen benützt hat ein Entgelt für die Benützung zu zahlen, d. h. es ist gleichgültig, ob eine Willenseinigung über die Gebührenzahlung zustande kommt oder nicht. (Auch das ist ein Ausfluß des oben geschilderten obrigkeitlichen Verhältnisses zwischen Gemeinde und Anstaltsbenützer.) Eine solche wäre nur erforderlich bei privatrechtlicher Ausgestaltung des Anstaltsverhältnisses, da dann sowohl für die Benützung der Anstalt selbst, wie auch für die Frage der zu gewährenden Gegenleistung des Benützers privatrechtliche vertragliche Gesichtspunkte in Frage kämen.

Streitigkeiten über die Gebührenschuld und Gebührenpflicht sind, ebenso wie Streitigkeiten über die Benützung einer gemeindlichen Anstalt nicht vor den ordentlichen Gerichten, wie bei Vertragsverhältnissen, sondern im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auszutragen (Art 44 Abs. 5 n. GO.). Näheres folgt unten im Abschnitt über „Streitigkeiten" § 14.

---

[92]) *VGH 24, 143; 33, 142 ff. Vgl. auch Jmmich, a.a.O., S. 270.*

[93]) *VGH 44, 95 (28. 9. 23) schreibt: „Die Gemeinden können auf Grund des Selbstverwaltungsrechts nach freiem Ermessen den Grundstückeigentümern die Verpflichtung zur Entrichtung von Gebühren für Benutzung von Gemeindeanstalten auferlegen, aber auch den einzelnen Mietsparteien" (insbesondere S. 96). — Auch das Reich ist von der Gebührenpflicht nicht ausgenommen; vgl. § 1 RG v. 15. 4. 11 RGBl. S. 187.*

4. Abteilung.

§ 12.

Grenzen des Benutzungszwanges.

Der Zwang zur Benützung einer gemeindlichen Anstalt hat verschiedene Grenzen in sachlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht.

1. Der satzungsmäßige Benutzungszwang.

a) Die sachlichen Grenzen ergeben sich aus dem Begriff des Benutzungszwanges und sind daher eigentlich alle schon im Vorstehenden mit enthalten. Wenn sie hier noch einmal angeführt werden, so geschieht das nur zum Zwecke der besseren Uebersicht. Der satzungsmäßige Benutzungszwang kann gemäß seinem Wesen nicht über die Schaffung eines Ausschlußrechtes für die Gemeinde hinsichtlich der 5 im Art. 44 Abs. 6 n. GO. aufgezählten Anstalten hinausgehen.

b) Die persönlichen Grenzen des Benutzungszwanges bei gemeindlichen Anstalten ergeben sich aus der Frage: Wer kann durch Gemeindesatzung zur Benutzung einer gemeindlichen Anstalt der in Art. 44 Abs. 6 bezeichneten Art gezwungen werden?

Da die Pflicht der Benutzung der Gemeindeanstalt korrespondierend ist dem Rechte zur Benutzung,[94]) so ist daraus zu folgern, daß die Gemeinde grundsätzlich den Benutzungszwang ausdehnen kann auf jeden, der „in der Gemeinde wohnt oder sich aufhält, oder in der Gemeinde mit Umlagen veranlagt ist." Es ist aber noch als weitere Einschränkung hinzuzufügen, daß derjenige, der gezwungen werden soll, zu dem Personenkreis gehören muß, für den die Anstalt nach ihrem Wesen und nach dem Willen der Gemeinde bestimmt ist.[95]) Eine Gemeinde, die z. B. die Benützung ihres gemeindlichen Schlachthauses allgemein freigegeben hat, kann eine Pflicht zur Benützung einführen für jeden Metzger, der in der Gemeinde wohnt, sich aufhält oder mit Umlagen veranlagt ist, der also z. B. einen Gewerbebetrieb in der Gemeinde hat und aus diesem Grund gewerbesteuerumlagepflichtig ist (auch wenn er nicht in der Gemeinde wohnt oder sich aufhält). Hat die Gemeinde ihren Schlachthof aber nur für Schlachtungen von Metzgern im Gemeindebezirk bestimmt, so kann sie so wenig einen Metzger, der außerhalb der

---

[94]) *Siehe oben Seite 45/46.*

[95]) *Auch das ergibt sich aus den oben S. 44 ff. entwickelten Gedankengängen.*

Gemeinde wohnt und seinen Gewerbebetrieb hat, der aber in der Gemeinde schlachten will, zur Benutzung ihres Schlachthofs zwingen, wie sie verpflichtet ist diesem Metzger das Schlachten in ihrem Schlachthof zu gestatten.[96]) Bei der gemeindlichen Kanalisation und Wasserleitung, der Unratabfuhr und Straßenreinigung können nur die Anwesensbesitzer zur Benutzung gezwungen werden, wie auch nur für sie diese Anstalten speziell geschaffen sind und nur ihnen gegenüber die Gemeinden öffentlichrechtlich verpflichtet sind die Leistungen aus den Anstalten zu gewähren.

c) Die Frage nach den örtlichen Grenzen des Benutzungszwanges kann in verschiedener Hinsicht von Bedeutung werden. Es kann sich die Gemeindeanstalt über das bisherige Gemeindegebiet ausdehnen in eine andere Gemeinde hinüber, es kann sich die Gemeinde durch Eingemeindungen ausdehnen, es kann aus zwei bisherigen Gemeinden eine neue Gemeinde werden, es kann eine Gemeinde zur Ortschaft herabsinken. Wie sich in allen diesen Fällen die Regelung des satzungsmäßigen Benutzungszwanges gestaltet, steht hier zur Erörterung.

Zunächst ist daran festzuhalten, daß die Gemeinde eine Gebietskörperschaft ist, daß sie hoheitliche Gewalt nur ausüben kann auf ihrem eigenen Gemeindegebiete.[97]) Das bedeutet, daß der satzungsmäßige Benutzungszwang, um den es sich hier handelt, nur eingeführt werden kann innerhalb des Gemeindegebietes, wie sich die Gemeinde überhaupt nur innerhalb ihres Gemeindegebietes öffentlich-rechtlich betätigen kann. Wenn also eine gemeindliche Anstalt, z. B. Wasserleitung, über das Gemeindegebiet in das einer anderen Gemeinde hinausgreift, so kann die Gemeinde mit den Benützern der Anstalt aus der fremden Gemeinde nur bürgerlich-rechtliche Verträge über die Benützung der Anstalt schließen, andererseits kann sie keinesfalls für diese Benützer einen Benutzungszwang

---

[96]) *Dies ist eine logische Folgerung aus VGH, BGVZ 1928, S. 231 S. auch oben S. 44.*

[97]) *Vgl. hiezu auch die Ausführungen von Dr. Schultz, a.a.O., S. 15 über die räumlichen Grenzen des Ortsstatuts. Beim Schlachthof besteht insofern eine Besonderheit, als hier eine Gemeinde durch ortspolizeiliche Vorschrift (aber wohl nicht durch Satzung: vgl. Wortlaut von Art. 44 Abs. 6 n. GO.) ihre Angehörigen zwingen kann ein in einer Nachbargemeinde liegendes Schlachthaus zu benützen (diese Ermächtigung gibt § 23 Ziff. 2 Gew. O.).*

durch Satzung schaffen. In diesem Gebiet hat sie keine hoheitliche Gewalt.[98]) Eine andere Frage ist die, ob man nicht bei Ausdehnung einer Gemeindeanstalt über die Gemeindegrenzen hinaus in eine Nachbargemeinde sagen kann, die vergrößerte Gemeindeanstalt sei, soweit sie sich in die Nachbargemeinde erstreckt, eine Anstalt dieser Nachbargemeinde. Allgemein und grundsätzlich wird man diese Behauptung nicht aufstellen können; wenn aber unter den beteiligten Gemeinden eine entsprechende Vereinbarung getroffen wird, die der Nachbargemeinde eine Anstaltsgewalt bezüglich des in ihrem Gemeindebezirk liegenden Anstaltsteils gibt, wenn ferner die Voraussetzungen geschaffen werden, die für eine gemeindliche Anstalt nach der oben S. 25 gegebenen Definition erforderlich sind, so wird man die Konstruktion, die in VGH 27, 117 ff.[99]) durchgeführt wird, wohl als richtig annehmen dürfen. Hält man das hier Gesagte für zutreffend, dann muß man der Gemeinde auch das Recht geben für den Anstaltsteil, der als ihre Anstalt gilt, einen satzungsmäßigen (und wohl auch einen polizeilichen) Benutzungszwang einzuführen. Alle Voraussetzungen hiefür sind gegeben, die nach Art. 44 Abs. 6 n. GO. nötig sind. Die Gebüren für die Anstaltsbenützung sind von den Benützern der Anstalt an die Gemeinde zu zahlen, als deren Anstalt der Anstaltsteil angesehen wird. Die Ausgleichung mit der Gemeinde, um deren Anstalt es sich eigentlich handelt, ist Sache der Nachbargemeinde.

Wird ein Teil einer Gemeinde oder eine ganze Gemeinde in eine andere aufgenommen (Einverleibung gemäß Art. 5 Abs. 1 n. GO.), so werden gewöhnlich Vereinbarungen auch bezüglich der Anstalten getroffen werden. Kommen solche nicht zustande, so hat die Kreisregierung K. d. I. im schiedsrichterlichen Verfahren zu entscheiden (wie in allen Fällen der Gemeindebezirksveränderungen: Art. 6 n. GO.). Die Kreisregierung wird sich dann von dem Grundsatz leiten lassen müssen, daß die Gemeindeanstalten der einverleibten Gemeinde Anstalten in dem vergrößerten Bereich der Gemeinde werden. Die Anstalten der untergehenden Gemeinde werden (jedenfalls dann, wenn die untergehende Gemeinde keine Ortschaft wird.

---

[98]) *Vgl. Woerner, a.a.O., Anm. 3 zu Art. 44.*

[99]) *Entsch. v. 16. 5. 1906 (die nach Milbertshofen verlängerte Münchener Wasserleitung).*
VGH 37, 56 dagegen gilt wohl bloß für Ausdehnung einer Gemeindeanstalt innerhalb des Gemeindebezirkes.

Siehe unten!) Gemeindeanstalten der aufnehmenden, bei Gemeindeteilen werden die Anstalten der einen Teil abtretenden Gemeinde dieser erhalten bleiben; denn die Gemeindeanstalten sind im großen und ganzen unteilbar und die verkleinerte Gemeinde wird die Anstalt auch noch voll und ganz brauchen können[100]). Es kann aber wohl auch vorkommen, daß eine Auseinandersetzung stattfindet (z. B. bezüglich der Rohrleitungen bei Kanalisationen usw.) oder von der Kreisregierung in ihrer Entscheidung angeordnet wird. Die für die Anstalt der aufnehmenden Gemeinde gegebenen öffentlich-rechtlichen Vorschriften erstrecken sich kraft gesetzlicher Bestimmung (Art. 9 Abs. 1 n. GO.) vom Zeitpunkt der Aenderung an auch auf die einbezogenen Gebiete, also auf die einverleibten Gemeindeteile oder die einverleibte Gemeinde. Bei Abtrennung eines Teils einer Gemeinde bleiben für die verkleinerte Gemeinde deren öffentlich-rechtliche Vorschriften noch in Kraft. Ausnahmen sind aber zulässig, es können Vorschriften von der Geltung im neu hinzugekommenen Gemeindeteil ausgenommen werden. Das geschieht regelmäßig durch Vereinbarung, die dann vom Staatsministerium in der organisatorischen Verfügung über die Aenderung mitgenehmigt werden muß (Art. 5 Abs. 1, 9 Abs. 1 n. GO.). Der in der Satzung statuierte Benutzungszwang erstreckt sich, weil öffentlich-rechtliche Vorschrift, wenn die Satzung ihn nicht schon an sich auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt hat, auch auf den einverleibten Teil der Gemeinde oder auf die einverleibte Gemeinde. Es können aber gemäß den oben angeführten Bestimmungen Ausnahmen getroffen werden, wenn diese Ausnahmen nicht durch eine schon innerhalb der aufnehmenden Gemeinde festgesetzte Begrenzung der Geltung des Benutzungszwanges entbehrlich werden.

Bei Abtrennung eines Teils einer Gemeinde verlieren mit der Bestandsänderung die öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Gemeinde, der dieser Teil angehörte, ihre Geltung, es treten die öffentlich-rechtlichen Vorschriften der den abgetrennten Gemeindeteil aufnehmenden Gemeinde in Kraft. Ausnahmen sind auch hier nach Art. 9 Abs. 1 n. GO. möglich. Entsprechend verhält es sich mit den Satzungsbestimmungen, die einen satzungsmäßigen Benutzungszwang statuieren.

Wenn sich zwei oder mehrere Gemeinden zu einer neuen vereinigen (also nicht eine in der anderen aufgeht, sondern

---

[100]) *Kahr, a.a.O., Anm. 10 zu Art. 4, S. 111.*

beide verschwinden und eine neue an ihre Stelle tritt), so werden auch hier im allgemeinen die Anstaltsverhältnisse durch Uebereinkunft geregelt werden. Die Befugnis der Kreisregierung K. d. I. zu schiedsrichterlicher Entscheidung kann dann auch hier aktuell werden. Die öffentlich-rechtlichen Vorschriften der bisherigen Gemeinden werden sämtlich als erloschen betrachtet werden müssen, wenn nicht eine entgegengesetzte Vereinbarung getroffen und in der organisatorischen Verfügung des Staatsministeriums des Innern genehmigt wird (Art. 9 Abs. 1 GO.). Der neuen Gemeinde bleibt dann nichts übrig als für die aus den Anstalten der bisherigen Gemeinde entstandene neue Anstalt neue öffentlich-rechtliche Vorschriften, also Ortssatzungen zu erlassen. Hier muß dann auch der Benutzungszwang neu geregelt werden. Die Gemeinde kann ihn unter Umständen auf des Gebiet der einen ehemaligen Gemeinde beschränken. Sie muß den Benutzungszwang übrigens nicht durch die Satzung festlegen, sondern kann auch einen polizeilichen Benutzungszwang durch ortspolizeiliche Vorschriften schaffen.

Es kann sein, daß eine Gemeinde, die in einer anderen aufgeht, durch die organisatorische Verfügung des Staatsministeriums des Innern gemäß Art. 62 Abs. 5 i. V. m. Art. 5 n. GO. zu einer Ortschaft erklärt wird.

Ortschaften[101]) sind jetzt Siedelungen mit eigener Ortsflur und eigenem Vermögen, Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts mit dem Zweck, ihr Ortschafts- und Stiftungsvermögen zu erhalten und ordnungsmäßig zu verwalten (Art. 62, Abs. 1 Satz 1 n. GO.).

Früher waren die Ortschaften zu bezeichnen als öffentlich-rechtliche Körperschaften, gemeindliche Korporationen, also gewissermaßen besondere Gemeinden innerhalb der (politischen) Gemeinde. So wurde der Begriff von Kahr, a.a.O., I, S. 954 ff. entwickelt. Die Ortschaften waren also nicht, wie Seydel, a. a. O., S. 36 annimmt, bloße steuerliche gemeindliche Umlagenbezirke. Wie Kahr auch VGH 12, 88 ff.

Bis 1919 hatten die Ortschaften eine ziemlich große Zahl von selbständig zu erledigenden Aufgaben. Die Ausscheidung zwischen den gemeindlichen und den ortschaftlichen Aufgaben wurde durch Art. 5 in Verbindung mit Art. 153 rrh. GO. vorgenommen. Es war hier bestimmt, inwieweit

---

101) *Zum Ortschaftsrecht vgl. Kahr, a.a.O., I, S. 954 ff.; Pohl, a. a. O., II, S. 91; Seydel, a. a. O., S. 36 ff.; Woerner, a.a.O., zu Art. 62, S. 469 ff.; Lajoret, a.a.O., zu Art. 62, S. 726 ff.*

die Ortschaften an den Aufgaben des Art. 38 rrh. GO., deren Erfüllung und Verwaltung teilnahmen. Diese Erfüllung der den Ortschaften überlassenen Aufgaben war eine selbständige, der Ortschaft als Körperschaft zustehende Tätigkeit.

Welche Aufgaben dies waren, darüber bestand große Uneinigkeit. Man forderte auf der einen Seite für alle öffentlichen Anstalten gemeinschaftliche Benutzung und Verwaltung durch die Gemeinde mit der Begründung, daß sich die gemeinschaftliche Benutzung der öffentlichen Anstalten überhaupt nicht ausschließen lasse. Dagegen wurde angeführt, daß man einen allgemeinen Satz hierüber nicht aufstellen könne. Da aber Art. 153 rrh. GO. nur die Aufgaben der Gemeinden und Ortschaften ausscheidet, so ist in dieser Bestimmung nichts darüber gesagt, daß die solchen Aufgaben dienenden Anstalten, Unternehmungen und Einrichtungen auch gesondert oder gemeinschaftlich sein müssen. VGH 2, 441 hat deraus geschlossen, daß den Ortschaften auch in Ansehung ihrer öffentlichen Zwecken dienenden Anstalten und Einrichtungen das Recht gesonderter Verwaltung und Benutzung zustehe. Kahr schließt sich anscheinend der Ansicht an, die die Verwaltung der öffentlichen Anstalten der Gesamtgemeinde zuweist.

Man wird aber wohl von Fall zu Fall unterscheiden müssen, welche Aufgaben in Art. 153 rrh. GO. der Gemeinde[102]) und der Ortschaft zugewiesen werden sollten und danach zu ermessen haben, ob die Verwaltung einer Anstalt, die eine der in Art. 153 aufgeführten Aufgaben zum Gegenstand hat, der Gemeinde oder der Ortschaft zustehen sollte. Zugunsten der letzteren Anstalten bestand dann hier das Recht der gesonderten Verwaltung und Benutzung und dementsprechend (aus der gleichartigen Natur von Gemeinde und Ortschaft hervorgehend) das Recht der Ortschaft zur Gebührenerhebung, Regelung der Anstaltsverhältnisse durch Satzung usw.[103])

---

[102]) *Dies waren die Aufgaben des Art. 38 rrh. GO., soweit sie gemeinschaftlicher Natur waren. Die übrigen Aufgaben verblieben der Ortschaft. „Art. 38 rrh. GO. ist," wie Kahr schreibt, „die notwendige Grundlage des Art. 153, Art. 153 die wesentliche Ergänzung des Art. 38."*

[103]) *Vgl. VGH 26, 191 (Kanalisation der Ortschaft Muggenhof in der ehemaligen Gemeinde Höfen wird als Ortschaftsanstalt betrachtet; der Benützungszwang muß aber durch ortspolizeiliche Vorschriften des Gemeindeausschusses Höfen eingeführt werden. Ueber die Frage, ob orts-*

Durch das SVG von 1919 wurde hier Wandel und größere Klarheit geschaffen. Man war der Ansicht, daß die Bestimmung des Art. 153 rrh. GO. vollkommen veraltet sei; eine Neuregelung wurde umsomehr für erforderlich gehalten, als die bisherige Gestaltung des Ortschaftsrechtes eine große Zahl von Prozessen, die sehr langwierig und kostspielig waren, zur Folge gehabt hatte.[104]) Durch Art. 28 SVG. wurden die Aufgaben des Art. 38 der rrh. GO. schlechthin den Gemeinden überwiesen, auch soweit sie bisher noch nach der jeweiligen Auslegung des Art. 153 rrh. GO. den Ortschaften selbst zugestanden hatten. Die Anstalten und Einrichtungen (Wege, Straßen, Brücken . . .) der Ortschaft, die nach dieser Bestimmung des Art. 28 Abs. I SVG von der Gemeinde zu unterhalten waren, gingen nach Art. 28 Abs. 3 SVG in das Eigentum der Gemeinde über. Durch diese Bestimmung wurde also der Tätigkeitskreis der Ortschaften wesentlich eingeschränkt. Die Ortschaften waren nun auch keine „Gemeinden in der Gemeinde" mehr, da sie tatsächlich auf den einzigen Zweck beschränkt wurden, ihr Ortschafts- und Stiftungsvermögen zu erhalten und zu verwalten, wenn auch ins Gesetz diese Begriffsbestimmung erst durch die neue GO. aufgenommen wurde.

Dem Aufgabenkreis der Ortschaften entzogen wurde gemäß Art. 28 Abs 1 SVG die „Herstellung und Unterhaltung der nötigen Gemeindegebäude, öffentlichen Uhren und Begräbnisplätze, der erforderlichen Feuerlösch-Anstalten und Löschgeräte, die Sorge für Unterhaltung der Ortsstraßen, öffentlichen Brunnen, Wasserleitungen und Abzugskanäle, die Herstellung und Unterhaltung der Flur- und Markungsgrenzen, der Gemeindewege, Brücken und Stege und der . . . . . Sicherheitsvorrichtungen, ... Herstellung und Unterhaltung der nötigen Fähren, Wegweiser, Orts- und Warnungstafeln, sowie die Anschaffung der Gesetz- und Amtsblätter." Ins Eigentum der Gemeinde sind davon übergegangen gemäß Art. 153 rrh. GO. die Wege, Straßen, Brücken, Fähren und Stege, die Gebäude, die öffentlichen Uhren und Begräbnisplätze, die öffentlichen Brunnen, Wasserleitungen und Abzugskanäle der Ortschaft, soweit sie künftig von der Gemeinde zu unterhalten sind.

---

polizeiliche Vorschriften von der Ortschaft oder der Gemeinde erlassen werden können, siehe unten!)

[104]) *Die Begründung zu den Aenderungsbestimmungen ist sehr ausführlich wiedergegeben in Anm. 1 zu Art. 28 SVG (Roesch, SVG, S. 91) und in Anm. 2 zu Art. 153 rrh.GO. (Roesch, GO., S. 217.).*

Hält man diese Bestimmungen zusammen, so folgt für unsere hier in Betracht kommenden 5 Anstalten, daß Wasserleitungen, Kanalisation, Straßenreinigungsanstalten auf die Gemeinde übergegangen sind. Ueber den Uebergang der Unratabfuhranstalten auf die Gemeinden läßt sich streiten, doch wird man den Uebergang bejahen müssen, da auch die Unratabfuhr zur Erhaltung der Reinlichkeit auf öffentlichen Wegen usw. gehört. Es steht infolgedessen den Gemeinden nunmehr das Recht zu, die Verhältnisse dieser 4 Anstalten zu regeln, die Gemeinde kann auch jetzt durch ihre Satzung den Benutzungszwang des Art. 44 Abs. 6 n. GO. einführen und für die Benutzung der Anstalten Gebühren erheben. Insoweit ist die Tätigkeit der Ortschaften völlig ausgeschaltet. Freiwillige finanzielle Leistungen zur Unterhaltung dieser Anstalten konnten und können die Ortschaften noch weiter erfüllen, aber ausschließlich zu Lasten des Ortschaftsvermögens.

Wegen des aufzählenden Charakters der beiden Bestimmungen (Art. 38 Abs. I rrh. GO. und Art. 153 Abs. 3 rrh. GO. i. d. F. nach Art. 28 SVG) muß angenommen werden, daß die weder in Art. 38 Abs. I noch Art. 153 Abs. III rrh. GO. aufgeführten Anstalten, Einrichtungen und Unternehmungen grundsätzlich der Ortschaft verblieben sind.[105]) Von den uns hier interessierenden Anstalten ist nach obiger Ausscheidung nur der Schlachthof übrig geblieben. Denn der Schlachthof wird nicht zu den Gebäuden im Sinn des Art. 38 Abs. 1 und 153 Abs. 3 rrh. GO. zu zählen sein, jedenfalls aber nicht unter den Begriff der „nötigen Gebäude" fallen. Man muß den Ortschaften zubilligen, für solche ihnen verbliebene Anstalten, Unternehmungen und Einrichtungen (nicht nur für die gemeindlichen Schlachthöfe, sondern alle weder unter Art. 38 Abs. 1 noch 153 Abs. 3 rrh. GO. fallenden Anstalten) Satzungen zu erlassen und Gebühren zu erheben (Art. 26, 44, Abs. 1 Satz 1, 62 Abs. 4 Satz 1 n. GO.). Man wird ihnen aber auch das Recht geben müssen, für ihren Schlachthof den satzungsmäßigen Benutzungszwang des Art. 44 Abs. 6 n. GO. einzuführen. (Art. 62 Abs. 4 Satz 1 n. GO.)

Die Behauptung, daß durch das SVG den Ortschaften nur Finanzvermögen geblieben sei,[106]) ist in dieser Ausdehnung

[105]) *Vgl. hiezu Laforet, Anm. 1c I zu Art. 62; Woerner, a.a.O., Anm. 3 zu Art. 62.*

[106]) *Siehe Begründung zum Entwurf der n. GO. Art. 62, Beil. 1982 Bd. III, 3. Tagung 1925/26, S. 272 ff.; ferner Laforet, S. 726; Woerner, S. 470; Stöhsel-Stenger, S. 377 ff.*

nicht richtig, denn die Aufzählung in Art. 38 Abs. 1 und 153 Abs. 3 rrh. GO. ist nicht eine erschöpfende Aufzählung des Verwaltungsvermögens der Ortschaften, sodaß alles, was nicht unter die beiden Bestimmungen fiele, Finanzvermögen wäre; denn dann hätte man in Art. 153 Abs. 3 rrh. GO. i.d.F. nach Art. 28 SVG einfacher alles „Verwaltungsvermögen" auf die Gemeinde übertragen können, wenn man dies gewollt hätte.

Praktisch ist die Bestimmung des Art. 28 SVG nur in einem Teil des Landes eingeführt worden.[107]) Im übrigen ist sie auf dem Papier stehen geblieben und es sind die Verhältnisse so geblieben, wie sie vor Inkrafttreten des SVG bestanden. „Trotzdem", so heißt es in der Begründung zum Entwurf der neuen GO. a.a.O. „hat der Gedanke auszuscheiden den Zustand vor dem SVG wieder herzustellen. Es würde eine kaum lösbare Verwirrung herbeiführen, wenn ein neues Gesetz in einer solchen, das Eigentum berührenden Frage den entgegengesetzten Weg einschlagen würde, als ihn der Gesetzgeber am 22. Mai 1919 mit der Erlassung des Selbstverwaltungsgesetzes gegangen ist."

Die Rechtslage ist also bezüglich des Benutzungszwanges der ortschaftlichen Anstalten die oben geschilderte. Die Ortschaften können noch die weder in Art. 38 Abs. 1 noch in Art. 153 Abs. 3 rrh. GO. aufgeführten Anstalten, Einrichtungen und Unternehmungen weiter betreiben, hiefür Satzungen erlassen und Gebühren wie auch Umlagen erheben, auch solche Anstalten neu errichten, soweit dies aus den Erträgnissen des Ortschaftsvermögens geschehen kann. Sie können für ihren Schlachthof einen satzungsmäßigen Benutzungszwang im Sinn des Art. 44 Abs. 6 n. GO. durch Ortssatzung einführen.

Wie sich jetzt nach der Bestätigung des Art. 28 SVG durch die neue GO. die Ortschaftsverhältnisse gestalten werden, läßt sich z. Zt. noch nicht übersehen.

Eine weitere Schlechterstellung der Ortschaften gegenüber dem früheren Rechte bildet die Befugnis der Gemeinde, von der Ortschaft, die nach Herkommen oder aus besonderem Rechtsgrunde die Unterhaltung der nach Art. 153 Abs. 3 rrh. GO. i.d.F. nach Art. 28 SVG auf die Gemeinde übergegangenen Wege . . . . usw. aus ihrem nicht übergegangenen Vermögen bestritten hat, zu verlangen, daß sie auch weiterhin

---

[107]) *Vgl. Laforet, a.a.O., S. 729, Begründung zum Entwurf der n. GO. a.a.O., S. 272.*

diese Aufgaben erfülle oder die Aufwendungen der Gemeinde ersetze. Es soll dies verhüten, daß die Ortschaften, denen die Sorge für die Wege .... usw. abgenommen ist, ihr nicht übergegangenes Vermögen, das sie früher zur Unterhaltung dieser Einrichtungen verwendet haben, nun für sich verwenden und evtl. an ihre Angehörigen verteilen können. Die Verpflichtung zur Unterhaltung ist aber zunächst eine Pflichtaufgabe der Gemeinde; nur diese kann hiezu staatsaufsichtlich angehalten werden. Wenn die Gemeinde aber die Ortschaft in Anspruch genommen hat, (gemäß Art. 62 Abs. 2 n. GO.) so ist die Aufgabe eine Pflichtaufgabe der Ortschaft geworden, zu deren Erfüllung nun auch die Ortschaft staatsaufsichtlich gezwungen werden kann. Die Ortschaft kann jedoch wie ihr Finanzvermögen so auch die ihr noch verbliebenen Anstalten auf die Gemeinde übertragen gemäß Art. 62 Abs. 3 n. GO.; die Regelung des Benutzungszwanges für diese Anstalten durch Satzung wird dann eine Aufgabe der Gemeinde.

d) Die Frage nach der zeitlichen Begrenzung des Benutzungszwanges faßt in sich zweierlei: einmal die Frage nach dem Uebergangsrecht, die gerade jetzt seit Inkrafttreten der n. GO. in den Vordergrund getreten ist, und dann die Frage nach der Beendigung des Benützungszwanges.

Was die Frage nach dem Uebergangsrecht hinsichtlich des Benutzungszwanges anlangt, so genügt folgende einfache Ueberlegung: Nachdem es auch heute noch möglich ist den Benutzungszwang durch ortspolizeiliche Vorschriften festzusetzen, die Gemeinden also nicht gezwungen sind einen satzungsmäßigen Benutzungszwang einzuführen (vgl. Wortlaut von Art. 44 Abs. 6 n. GO.: „können"), bleibt das bisherige Recht solange in Kraft, bis die Gemeinden dazu übergehen einen satzungsmäßigen Benutzungszwang zu schaffen. Es bleiben bis dahin die alten Satzungen, die den Benützungszwang nicht enthalten, und die dazugehörigen, den Benutzungszwang festlegenden ortspolizeilichen Vorschriften bestehen.

Der Benutzungszwang endigt mit dem Untergang der Anstalt, für die er eingeführt war, mit dem Untergang der Gemeinde, für deren Anstalt er festgesetzt war, außer wenn eine Gemeinde zur Ortschaft wird und ihren Schlachthof noch beibehält. Die Gemeinde kann von sich aus durch Aenderung der Satzung jederzeit den Benutzungszwang oder überhaupt das Benutzungsverhältnis ändern, und damit endigt die bisherige Regelung im allgemeinen von selbst. Soweit aber

gewisse Personen durch die bisherige Regelung wohlerworbene Rechte erlangt hatten,[108]) behalten diese ihre Kraft noch weiter. Da durch die Erfüllung der satzungsmäßigen Bedingungen der Einzelne ein subjektives öffentliches Recht auf Benutzung der Anstalt erhält, so darf durch Aenderung der Satzung nicht eine Schlechterstellung des Anstaltsbenützers gegenüber seiner bisherigen Stellung erfolgen.

2. Polizeilicher Benützungszwang.

a) Die sachlichen Grenzen des ortspolizeilichen Benützungszwanges sind ebenfalls schon mehrfach berührt worden. Die ortspolizeilichen Vorschriften können eine Zwangspflicht für die nicht in Art. 44 Abs. 6 n. GO. aufgeführten Anstalten und eine über den in Art. 44 Abs. 6 n. GO. festsetzbaren Benutzungszwang hinausgehende Zwangspflicht schaffen unter der Voraussetzung, daß eine spezielle gesetzliche Grundlage für Erlassung von Polizeiverordnungen gegeben ist.

b) Da die polizeilichen Vorschriften im Grunde staatliches Recht sind,[109]) das von der Gemeinde gesetzt wird, und ihnen alle der staatlichen Gewalt Unterstellten unterworfen sind, so ist die Grenze des polizeilichen Benutzungszwanges naturgemäß weiter gesteckt als die des satzungsmäßigen, indem er alle der staatlichen Hoheitsgewalt unterworfenen Personen begreift. Man muß aber wohl die eine Einschränkung zulassen, daß auch er sich nur an solche Personen wenden kann, die zu dem Personenkreis gehören, für den die Anstalt nach ihrem Zweck und dem Willen der Gemeinde bestimmt ist.

c) Die Frage der örtlichen Grenzen des Benützungszwanges ist deshalb einfach zu lösen, weil die Handhabung der Ortspolizei, wo diese nicht überhaupt verstaatlicht worden ist, nur der Gemeinde als solcher, nicht aber auch z.B. einer Ortschaft zustehen kann. Die ortspolizeilichen Vorschriften, die den Benützungszwang einführen, können nur von der Gemeinde erlassen werden. Also auch in allen Fällen, wo eine Gemeinde eine andere oder einen Teil einer solchen in sich aufnimmt, hat die aufnehmende Gemeinde die Befugnis, den polizeilichen Benützungszwang im Gemeindegebiet, d.h. im vergrößerten Gemeindegebiet einzuführen, auch wenn die untergehende Gemeinde gemäß Art. 62 Abs. 5 n. GO. zur

---

[108]) *Lajoret, a.a.O., Anm. 7 zu Art. 44; VGH 22, 39; 33, 183 ff. (187); 35, 99.*

[109]) *Siehe oben Seite 10.*

Ortschaft wird und etwa dieser Ortschaft die oben angeführten Anstalten noch verblieben sind. Mit der grundsätzlichen Ausdehnung der ortspolizeilichen Vorschriften (als öffentlich-rechtlicher Vorschriften) auf die einbezogenen Gebiete dehnt sich auch der in den ortspolizeilichen Vorschriften enthaltene Benutzungszwang auf diese Gebiete aus. Ausnahmen sind aber auch hier statthaft (Art. 9 Abs. 1 n. GO.) (Vgl. die oben angeführte Entscheidung VGH 26, 193.)

d) Für die zeitlichen Grenzen des polizeilichen Benützungszwanges gilt im wesentlichen das gleiche wie für die des satzungsmäßigen. Wenn aber eine Gemeinde zur Ortschaft wird, so hört der polizeiliche Benützungszwang (den die ehemalige Gemeinde und nunmehrige Ortschaft eingeführt hatte) auch bezüglich der Anstalten auf, für die der Ortschaft noch das Recht der Verwaltung, Benutzung, Regelung usw. zusteht, da die ortspolizeilichen Vorschriften nicht von einer Ortschaft, sondern nur von einer Gemeinde erlassen werden können.

3. Zweckverbände.

Zum Schluß dieser Betrachtung über die Grenzen des Benutzungszwanges ist noch die Frage zu berühren, ob nicht doch bei Ausdehnung einer gemeindlichen Anstalt auf das Gebiet einer anderen Gemeinde eine öffentlich-rechtliche Regelung der Benutzung als solcher und im besonderen auch ein Benutzungszwang eingeführt werden kann, und zwar durch Schaffung eines Zweckverbandes.[110])

Ein Zweckverband ist ein Verband von Gemeinden oder Gemeindeverbänden oder von Gemeinden mit sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts zur Erfüllung einzelner Aufgaben. Eine solche Aufgabe kann aber auch sein die Errichtung und der Betrieb einer öffentlichen Anstalt, Unternehmung oder Einrichtung gerade dann, wenn die bisherige gemeindliche Anstalt usw. über das Gemeindegebiet hinausgreift. Für diese Anstalt kann der Zweckverband als öffentlich-rechtliche Körperschaft Satzungen aufstellen, Gebühren festsetzen und (ebenfalls gemäß Art. 44 n. GO. mit Art. 138 Abs. 2 n. GO.) einen satzungsmäßigen Benützungszwang einführen. Auf diese Weise wird es möglich die Verhältnisse zwischen Anstalt und Benützer auch außerhalb des Gemeindegebietes öffentlichrechtlich zu regeln und einen Zwang auf den Einzelnen zur Benützung der Anstalt auszuüben.

---

[110]) *§133 ff. n. GO.; vgl. auch zum früheren Recht O. Mayer, a.a.O., II, S. 382.*

5. Abteilung.

§ 13.

Näheres über den Benutzungszwang bei den einzelnen in Art. 44 Abs. 6 n. GO. aufgezählten Anstalten.

Es soll hier im näheren die Auswirkung des satzungsmäßigen Benutzungszwanges bei den einzelnen Anstalten erörtert werden. Daneben soll die bisherige Rechtsprechung vom polizeilichen Benutzungszwang dieser Anstalten sowie auszugsweise eine kurze Darstellung des preußischen Rechts in diesem Punkte angereiht und in einem Anhang in Kürze die Möglichkeit polizeilichen Benutzungszwanges bei einer Reihe anderer als der 5 in Art. 44 Abs. 6 n. GO. angeführten Anstalten berührt werden. Wenn im folgenden fast nur Woerner berücksichtigt wird, so hat das seinen Grund darin, daß er allein sich eingehend über die Möglichkeit der Ausgestaltung des Benutzungszwanges bei den einzelnen Anstalten äußert.

1. Wasserleitungen.

Woerner[111]) behauptet, der Zwang zur Benützung von Wasserleitungen könne nach Art. 44 Abs. 6 n. GO. nur darin bestehen, daß jemand das Rohrnetz der gemeindlichen Wasserleitung bis in sein Anwesen verlängert oder verlängern und innerhalb seines Anwesens eine Wasserentnahmestelle (Zapfstelle, Wasserleitungshahn) errichten läßt. Er könne nicht gezwungen werden, die Wasserleitung in seinem Haus fortsetzen zu lassen. Angesichts der oben S. 21 ff. gepflogenen Erörterungen über den Monopolcharakter des satzungsmäßigen Benutzungszwanges halte ich die zweite Behauptung für richtig, die erste aber für zu weitgehend. Wenn jemand die Möglichkeit hat, einen Brunnen für seine eigenen Zwecke (nicht für Andere!) zu bauen, so kann er auch nicht zur Herstellung einer Abzweigung von der gemeindlichen Leitung zu seinem Anwesen gezwungen werden. Die Gemeinde kann ihn nur zwingen zum Anschluß an die gemeindliche Wasserleitung, wenn

---

[111]) *a.a.O., Anm. 48 zu Art. 44; S. 358; vgl. auch Laforet, Anm. 28d zu Art. 44, S. 506; Stöhsel-Stenger, a.a.O., S. 310. Eine knappe Erörterung über gemeindliche Wasserwerke, die alles für das frühere Recht Wesentliche enthält, befindet sich in BlfaPr. 30, 321 ff. Eine Darstellung für das preuß. Recht bringt Immich (Komunale Wasserleitungsanlagen) Pr. VBl. 28, S. 213 ff., 269 ff.*

er nicht selbst in der Lage ist, auf andere Weise sich Wasser zu beschaffen als durch Inanspruchnahme einer fremden, das Wasser liefernden Kraft. Insbesondere sind die Befugnisse, die dem Einzelnen durch die Vorschriften des Wassergesetzes[112]) gegeben sind, in vollem Umfang aufrecht erhalten,[112a]) so das Schöpfen mit Handgefäßen aus Privatflüssen und -bächen und öffentlichen Gewässern nach Art. 26 Abs. 1 Wassergesetzes; ferner die Benützungsbefugnis der auf einem Grundstück befindlichen Seen, Weiher, Teiche, Brunnen usw. nach Art. 16 (innerhalb der Schranken der Art. 17—20 WG.). Endlich kann jeder auf seinem Grundstück unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 1 WG. Brunnen anlegen. Der Anwesensbesitzer darf aber dieses Wasser nur für seine Zwecke verwenden und nicht an andere abgeben, so wenig wie er sich von anderen Wasser aus deren Wasserleitung oder Brunnen ableiten darf. Will er das tun, so kann er zum Anschluß an die gemeindliche Wasserleitung gezwungen werden. Wenn er nach erfolgtem Anschluß aus der Wasserleitung kein Wasser entnimmt, dann kann die Gemeinde dagegen nichts machen.[113]) Er kann gezwungen werden zur Zahlung der Gebühren für den Anschluß, von Gebühren für Anbringung eines Wassermessers; er kann aber nicht zur Zahlung von Gebühren für Entnahme von Wasser verpflichtet werden, wenn er kein Wasser verbraucht.

Wenn jemand nach Vorstehendem zur Benützung der Anstalt verpflichtet ist und doch den Anschluß nicht vornehmen lässt, so kann Ersatzvornahme eintreten (Art. 44 Abs. 6 Satz 2).

Vor der neuen GO. konnte ein Benützungszwang nur gestützt werden auf § 368 Ziff. 8 StGB. Eine grundsätzliche Entscheidung hierüber scheint noch nicht ergangen zu sein. Ueberhaupt ist auf diesem Gebiete der Benutzungszwang noch nicht in sehr vielen Fällen eingeführt.

In Preußen wird der Anschlußzwang an die Wasserleitung für zulässig erachtet aufgrund feuerpolizeilicher Erwägungen.

---

[112]) *Vgl. Eymann-Schubert, 2. Aufl. 1926/28, I, S. 7 ff., II, S. 621/22. Ferner Anm. zu Art. 16, S. 630 ff. über den Gemeingebrauch, S. 744 ff. und Anm. zu Art. 26, S. 742 ff.*

[112a]) *Das erkennt auch Woerner a.a.O., an.*

[113]) *Die Benützung der Wasserleitung liegt schon im Anschluß an dieselbe: VGH 37, 56; für Preußen: Pr. OVG 45, 96/100.*

Bei Oertel[114]) heißt es ungefähr: Die Gemeinde kann die Wasserleitungen bald als gewerbliche Unternehmen im Sinne des § 3 Kommunalabgabengesetzes, also zu dem Zwecke errichten, für Lieferung von Wasser Ueberschüsse zu erzielen, bald als im sanitären Interesse hergestellte Veranstaltungen im Sinn des § 4 Komm. Abg. Ges. und § 4 Städteordnung. Das letztere ist der Fall, sobald für die Gemeindeangehörigen ein rechtlicher oder tatsächlicher Zwang zur Benutzung besteht; der Anschluß der Häuser an eine vorhandene städtische Wasserleitung kann nicht durch Ortsstatut, wohl aber in sanitäts- oder sicherheitspolizeilichem Interesse durch Polizeiverordnung erzwungen werden (OVG 28, 354). Das ist also der gleiche Rechtszustand, wie bei uns vor der neuen Gemeindeordnung herrschte.

2. Kanalisation.

Der satzungsmäßige Anschlußzwang an die gemeindliche Kanalisation kann vorschreiben, daß jeder, der nicht selbst eine ordnungsmäßige Entwässerung seines Anwesens vornehmen will oder kann, die gemeindliche Kanalisation benützen muß. Dieser Benützungszwang wird also praktisch sehr weit ausgedehnt sein, da wohl niemand das Bestreben hat, sich seine eigenen Abzugskanäle, da wo eine gemeindliche Kanalisation besteht, selbst anzulegen. Die Ansicht von Woerner,[115]) daß bei der Kanalisation ähnlich wie bei der Wasserleitung eine Pflicht zur Verlängerung des Kanalnetzes bis in das Anwesen und zur Anbringung einer Einlauföffnung geschaffen werden könne, geht auch hier zu weit; denn das Recht den Anschluß zu verlangen hat die Gemeinde nur unter der oben angeführten Voraussetzung. Die Benützung besteht allerdings dann auch hier im Anschluß.[116]) Das beschränkte Recht der Einleitung von Abwässern in öffentliche Gewässer, Privatflüsse und -bäche, sowie sonstige geschlossene Gewässer nach Art. 37—40 WG. bleibt daneben aufrechterhalten.

Ein weitergehender Zwang zum Anschluß und zur Benützung der gemeindlichen Kanalisation kann jetzt, wie früher jede Art des Benützungszwanges, nur durch eine ortspolizeiliche Vorschrift festgesetzt werden, die sich auf § 366 Ziff. 10 StGB. i. V. m. Art. 94 PStGB stützen kann. Der

---

[114]) *Anm. B 14 zu § 56, Ziff. 3, a.a.O., S. 317.*

[115]) *a.a.O., Anm. 48b zu Art. 44, S. 359. Vgl. Stöhsel-Stenger, a.a.O., S. 311.*

[116]) *Siehe VGH 20, S. 25, 26.*

VGH hat diese Möglichkeit ausgesprochen in VGH 20, 26; 24, 138 ff. Für Preußen ist nach Oertel[117]) der Anschlußzwang an die städtischen Abzugskanäle möglich aufgrund von Polizeiverordnungen aus gesundheitspolizeilichen Gründen (OVG 16, 51; 28, 354).

3. Schlachthof.

Der Zwang zur Benützung gemeindlicher Schlachthöfe bedeutet, daß die Gemeinde die Möglichkeit hat, diejenigen Personen, die nicht selbst für eigenen Bedarf schlachten können oder wollen, sondern sich einer fremden Hilfe zum Schlachten bedienen oder für andere schlachten wollen, zur Benützung des gemeindlichen Schlachthofes zu zwingen. Es bleibt also trotz eingeführten satzungsmäßigen Benutzungszwanges jedem unbenommen, für seinen eigenen Bedarf zu schlachten. Will er aber z. B. durch einen Metzger schlachten lassen, so muß dieser Metzger den gemeindlichen Schlachthof benützen. Die Gemeinde kann diesen Benutzungszwang auf bestimmte Arten von Tieren beschränken, was auch meistens in der Praxis geschieht (vgl. z. B. Schlachthofordnung von Nürnberg (ortspolizeiliche Vorschrift vom 21. 9. 27) § 2). Ebenso wird meist auch da, wo polizeilicher Benützungszwang herrscht, das Schlachten für den eigenen Bedarf freigegeben (vgl. auch hiezu die Nürnberger Schlachthofordnung). Zum Schlachten in dem hier gebrauchten Sinne gehören, auch wenn das nicht besonders bestimmt wäre, auch die damit unmittelbar zusammenhängenden Arbeiten, wie das Abbrühen der Tiere, das Abhäuten, Zerlegen usw. Woerner[118]) nimmt auch hier wieder, wie schon bei den Kanalisationen und Wasserleitungen, den Personenkreis, der unter den Zwang fällt, zu weit und zwar noch weiter als bei den beiden erwähnten Anstalten, indem er meint, es könne der Zwang für jede Schlachtung, auch für jede nichtgewerbliche (darunter soll anscheinend auch die Schlachtung für den Hausgebrauch fallen) durch die Satzung eingeführt werden. Daß die Auslegung des Begriffs „Schlachthof", der Woerner a.a.O. einen breiten Raum widmet, keine andere, weitere sein soll als die bisherige, da in den Landtagsverhandlungen keinerlei Anhaltspunkte für das Gegenteil hervorgetreten sind, ist zutreffend. Umsomehr ist zu verwundern, daß Woerner im nächsten Satz die oben angeführte Erwei-

---

[117]) *a.a.O., Anm. B 7 zu § 56 Ziff. 3, S. 285.*

[118]) *a.a.O., Anm. 48c zu Art. 44, S. 350; vgl. Stöhsel-Stenger, a.a.O., S. 311.*

terung des Benutzungszwanges annimmt, obwohl hiefür auch „keinerlei Anhaltspunkte“ in den Beratungen zu finden sind. Es bleibt bei dem durch den Benützungszwang für die Gemeinde geschaffenen Monopolrecht.

Der Benutzungszwang erstreckt sich nicht auf die Tötung kranker oder verunglückter Tiere (siehe Woerner); sie kann nicht unter das Schlachten im strengen Sinne gerechnet werden.

Ein über das satzungsmäßige Recht zur Schaffung einer Zwangspflicht zur Schlachthofbenützung wesentlich hinausgehender polizeilicher Benützungszwang kann z. Zt. nicht geschaffen werden, weil die gesetzliche Delegation des § 23 Abs. 2 Gew.O.[119]) und des Art. 145 Ziff. 2 PStGB eine solche Erweiterung nicht zuläßt. Es wird auch hier bloß gestattet, daß das gewerbliche Schlachten ausserhalb des gemeindlichen Schlachthofes untersagt wird. Demgegenüber geht eigentlich genau betrachtet sogar das Monopol, das durch den satzungsmäßigen Benützungszwang geschaffen wird, noch um ein kleines weiter, indem eine nichtgewerbsmäßige Schlachtung für den Hausgebrauch, die durch einen andern als den Verbraucher selbst vorgenommen werden soll, auch auf den Schlachthof verwiesen werden kann. Für das frühere Recht brachte eine Entscheidung über die Zulässigkeit des Schlachthofzwanges VGH 39, 163.

Für Preußen[120]) ist hier die einzige Parallele zum neuen bayerischen Recht, nämlich zum satzungsmäßigen, also durch Gemeindegesetz festgesetzten Benützungszwang, gegeben im preußischen Gesetz vom 18. 3. 68/9. 3. 1881 betreffend die Errichtung öffentlicher, ausschließlich zu benützender Schlachthäuser. Wenn es hier im § 1 heißt: „Es kann durch Gemeindebeschluß angeordnet werden, daß . . . . das Schlachten . . . . ausschließlich in dem öffentlichen Schlachthaus, resp. den öffentlichen Schlachthäusern vorgenommen werden darf“, so soll hier offenbar nicht von Polizeiverordnung, sondern von ortsgesetzlichen Bestimmungen die Rede sein, die den Benützungszwang festsetzen können. Er gründet sich dann auf § 23 Abs. 2 Gew. O. i. V. m. § 1 erwähnten Gesetzes. (Daß in diesem Gesetz auch das Recht zur Benützung gesetzlich normiert ist, soll nebenher erwähnt werden: § 6 des Gesetzes.)

---

[119]) *Bezüglich § 23 Abs. 2 Gew. O. allerdings anderer Ansicht Landmann a.a.O., 7. Aufl., S. 248.*

[120]) *Oertel, a.a.O., Anm. B 10 zu § 56 Ziff. 3, S. 286.*

4. Unratabfuhr.

Im Ergebnis kommt hier Woerner [121]) auf das gleiche hinaus wie die oben entwickelte Ansicht von der Schaffung eines Gemeindemonopols durch den satzungsmäßigen Benutzungszwang, nämlich daß der Zwang nur auf den Unrat ausgedehnt werden kann, den der Eigentümer nicht selbst verwerten kann oder will. Aber Woerner erreicht dieses Ergebnis auf die Weise, daß er zum Unrat nur die Abfallstoffe rechnet, die der Eigentümer nicht selbst verwerten kann oder will, indem er als Unrat nur die Stoffe bezeichnet, an denen der Eigentümer das Eigentum aufgibt. Es ist jedoch nicht einzusehen, warum man den Begriff des Unrates abweichend vom allgemeinen Sprachgebrauch bestimmen soll (der Sprachgebrauch bezeichnet ja auch als Unrat und Abfall, was der Eigentümer z. B. zur Düngung seines Gartens oder zur Fütterung von Tieren verwendet),[122]) zumal die oben bestimmte rechtliche Natur des Benutzungszwanges vor zu weiter Ausdehnung genügend schützt und das gleiche Resulat liefert wie die formalistische Ansicht Woerners. Bauschutt und Inhalt von Abortgruben gehören (wie Woerner auch anführt) schon nach dem Sprachgebrauch nicht zu Unrat und Abfall.

Ein weitergehender Zwang kann, wie bisher jeder Zwang zur Benützung der Unratabfuhranstalt, nur gegründet werden auf § 366 Ziff. 10 StGB i.V.m. Art. 94 PStGB.

Für das preußische Recht gilt nach Oertel[123]) Folgendes: „Die Gemeinden sind aufgrund § 11 Städteordnung berechtigt im Interesse des öffentlichen Gesundheitswesens und zur Förderung des Wohles der Stadtbewohner durch statutarische Anordnungen die Fäkalien- (wohl zu ergänzen „und Unrat-") abfuhr in den Kreis der von ihnen zu erledigenden Aufgaben zu ziehen und sie zu einer Kommunalangelegenheit zu machen. Durch eine Polizeiverordnung muß (? d. Verf.) dann den

---

[121]) *a.a.O., Anm. 48d, S. 361; vgl. auch Stöhsel-Stenger, S. 311.*

[122]) *Warum soll der Begriff des Unrats ein subjektiver sein? Man wird im Volke wohl keine sehr widersprechenden Meinungen über diesen Begriff hören. Es wird kein Laie sagen: „Meine Küchenabfälle sind keine Abfälle, weil ich damit meine Kaninchen füttern kann, die Asche aber ist Abfall, weil ich damit nichts anzufangen weiß." Schon daraus erhellt, daß die Definition Woerners reichlich formalistisch ist.*

[123]) *a.a.O., Anm. B 1 zu § 56 Ziff. 3, S. 280.*

Eigentümern, Nießbrauchern und Bewohnern der Grundstücke unter Androhung von Strafe aufgegeben werden die Entleerung der Abortgruben und die Abfuhr von Unrat nur durch die von der Stadtgemeinde dazu bestimmten Personen ausführen zu lassen." Warum das die Gemeinde tun „muß", dafür findet sich bei Oertel keine Begründung.

5. Die Straßenreinigung.

In Bayern obliegt die Verpflichtung zur Straßenreinigung den zur Unterhaltung der Straße Verpflichteten. Sie kann aber gemäß § 366 Ziff. 10 StGB i.V.m. Art. 94 PStGB auf die Eigentümer der an der Straße liegenden Grundstücke überbürdet werden (VGH 41, 23). Die Gemeinde kann ihnen diese Pflicht wieder abnehmen und nun entweder durch ortspolizeiliche Vorschrift auf Grund obiger Bestimmungen oder gemäß Art. 44 Abs. 6 n. GO. durch ihre Satzung einen Zwang zur Benützung der gemeindlichen Straßenreinigungsanstalt ausüben. (Anders in Preußen. Siehe unten!) Da könnte man nun am ehesten zweifeln, ob denn wirklich der satzungsmäßige Benützungszwang des Art. 44 Abs. 6 n. GO. nur ein Monopolrecht für die Gemeinde schafft. Denn die Folge ist, daß die Gemeinde durch Satzung nur einen Zwang zur Benützung für diejenigen einführen kann, die nicht selbst die Straße ordnungsmäßig reinigen wollen oder können. Wollte man aber der Gemeinde das Zwangsrecht zubilligen auch für andere, die die Straße selbst ordnungsmäßig zu reinigen vermögen oder reinigen wollen, so wäre das nicht mehr mit einer Erwägung der öffentlichen Wohlfahrt zu begründen, sondern hätte seine Ursache in Zwecken der Reinlichkeit, und solche wahrzunehmen ist nicht die Gemeinde als solche durch Erlaß von Gemeindesatzungen im eigenen Wirkungskreis, sondern nur die Ortspolizeibehörde befugt. Also in dem Grundgedanken, daß die satzungsmäßige Regelung des Benutzungszwanges ein Hoheitsrecht der Gemeinde als solcher ist, liegt auch bei der Straßenreinigung wie bei den anderen 4 Anstalten die Berechtigung zu einer Beschränkung dieses Benutzungszwanges auf die Schaffung eines gemeindlichen Monopols. Man kann und muß also auch hier dem oben aufgestellten Grundsatz folgen. Woerner[124]) hat das übersehen, wenn er schreibt, daß die ausschließliche Uebertragung der Straßenreinigung auf die Anstalt auf Grund ortspolizei-

[124]) *a.a.O., Anm. 48g zu Art. 44, S. 361. Vgl. auch Stöhsel-Stenger, S. 311.*

licher Vorschrift voraussetzt, daß die allgemeinen Verkehrsverhältnisse und Rücksichten auf die allgemeine Wohlfahrt und Gesundheitspflege eine solche Maßnahme erfordern, daß die Einführung des Benutzungszwanges durch Satzung (der nach Woerner genau so weit geht) an solche Voraussetzungen nicht gebunden ist. Wenn der Benutzungszwang so weit gehen soll wie der polizeiliche, dann muß er eben die polizeilichen Voraussetzungen haben und kann nur durch polizeiliche Vorschrift festgesetzt werden.

Ein weitergehender Benutzungszwang bezüglich der Strassenreinigung kann nur durch ortspolizeiliche Vorschrift eingeführt werden. Dies wurde für das bisherige Recht ausgesprochen in der umfangreichen Entscheidung des VGH 41, 21 ff., die zum erstenmal allgemein den Grundsatz aufstellt, daß Zwang zur Benützung von Gemeindeanstalten nur auf polizeilichem Wege durchgesetzt werden könne und einer spezialgesetzlichen Grundlage bedürfe. Für die Straßenreinigung sei diese § 366 Ziff. 10 StGB i.V.m. Art. 94 PStGB (es handelte sich um die Straßenreinigungsanstalt von München. Der Benutzungszwang war eingeführt durch § 3 und 7 der ortspolizeilichen Vorschrift von 1919 zur Gemeindesatzung über die Straßenreinigung.).

Durch diesen polizeilichen Benutzungszwang kann bestimmt werden, daß jeder, der die Straße zu reinigen hat, sich der Anstalt bedienen muß. Dadurch wird die Frage ausgeschlossen, ob der Einzelne die Straße besser und gründlicher reinigen könne als die gemeindliche Anstalt oder nicht. Anders jetzt beim satzungsmäßigen Benutzungszwang (siehe oben.)

In Preußen[125]) ist die rechtliche Grundlage eine etwas andere als bei uns. Hier werden nämlich grundsätzlich die Gemeinden als zur Straßenreinigung verpflichtet angesehen auf Grund des § 3 Polizeigesetzes vom 11. 3. 1850. Diese Pflicht kann weder durch Polizeiverordnung noch durch Ortsstatut auf die Adjazenten übertragen werden. Sie kann diesen aber schon observanzmäßig zustehen. Die Gemeinde kann in beiden Fällen die Straßenreinigung durch eine Anstalt vornehmen lassen. Im ersteren Fall kann sie für die Benützung keine Gebühren erheben und die Benutzung auch nicht zur Zwangspflicht machen, weil sie nur einer eigenen Verpflichtung nachkommt. Wenn aber die Straßenreinigung observanzmäßig den Adjazenten obliegt, dann kann die

---

[125]) *Friedrichs, a.a.O., zu § 1 Anm. 33, S. 45; Oertel, a.a.O., Anm. 6 zu § 49 S. 208.*

Gemeinde diesen die Reinigung abnehmen durch ihre Anstalt, kann dann für die Benützung Gebühren erheben und kann durch Polizeiverordnung die Benutzung der Anstalt auch zur Zwangspflicht machen. (Vgl. zu diesen Fragen noch Preuß. OVG 74, 344; 76, 353 ff.)

Anhang.

Für einzelne außerhalb des Kreises der 5 in Art. 44 Abs. 6 n. GO. aufgeführten gemeindlichen Anstalten ist schon für das frühere Recht die Zulässigkeit eines polizeilichen Benützungszwanges bejaht worden und kann jetzt noch angenommen werden:

a) Ländeplätze, VGH 18, 110 ff.: Bezug genommen ist hier auf die Ländeordnung von München, die die Benützung dreier gemeindlicher Länden zur Zwangspflicht gemacht hatte. Die Zwangspflicht war gestützt auf Art. 98 PStGB und Art. 41 rrh. GO. „Da Art. 98 PStGB über die Art der Ländeordnungen nichts erkennen läßt, muß man nach dem Zweck die Begriffsbestimmung geben. Ländeordnungen sind dazu da, um in Bezug auf Art, Ort, Zeit des Anländens und Ausladens der Flöße im Gemeindebezirk usw. die erforderlichen Vorschriften zu geben. Soweit Art. 98 PStGB in Frage steht, ist die Nachprüfung dem VGH entzogen. (? d. Verf.)[126]). Ein anderer Gesichtspunkt ergibt sich aus den Bestimmungen der Gemeindeordnung. Soweit es sich um das Benützungsrecht, die Modalitäten der Benützung handelt usw., ist die Ländeordnung örtliche Rechtsnorm. Hier muß den Gemeinden kraft ihres gesetzlichen Selbstbestimmungsrechtes die Berechtigung zugesprochen werden, die Benützung der Anstalt auch zur Zwangspflicht zu machen (damit ist die Aufgabe der Satzung, die ja hier gemeint ist, verkannt. Siehe oben d. Verf.), es ist dies in Art. 159 Ziff. 6 rrh. GO. im Prinzip anerkannt. (Aus Art. 159 Ziff. 6 rrh. GO. ist diese Folgerung aber nicht zu entnehmen, d. Verf.) Nur wenn die Benützung der Anstalt durch autonome Bestimmung der Gemeinde zur Zwangspflicht gemacht ist, soll die Regelung der Gebühren an die Genehmigung gebunden sein.“ Auch das Letztere ist nicht richtig; die Rechtslage kann hier keine

[126]) *Soweit diese Nachprüfung aber Vorbedingung ist für die Gebührenfrage, und das ist auch die Frage des polizeilichen Benützungszwanges, zumal es damals nach allgemeiner Ansicht noch keinen satzungsmäßigen Benutzungszwang gab, kann und muß sie nachgeprüft werden.*

andere sein als bei Straßenreinigung und Kanalisation, wo durch VGH 21, 5 ff.; 32, 22; 41, 21 anerkannt ist, daß der Benützungszwang nur auf einer Polizeiverordnung beruhen kann. Der VGH änderte übrigens anscheinend seine Ansicht bezüglich des Zwanges zur Benützung gemeindlicher Länden, da er in Bd. 20, 21 Fußnote sich lang mit dem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für eine „ortspolizeiliche" Ländeordnung auseinandersetzt und damit zumindesten die Bestimmungen über den Benützungszwang gemeindlicher Länden als ortspolizeiliche anerkennt, sodaß nunmehr ein Widerspruch mit der früheren Anschauung des Verwaltungsgerichtshofs nicht mehr zutage tritt.

b) Fleischbeschau. (VGH 39, 162 ff.)

Als Grundlage für den Fleischbeschauzwang ist angegeben § 20 Abs. 2 Fleischbeschaugesetzes vom 3. 6. 1900 und Art. 74 PStGB, der ortspolizeiliche Vorschriften über Beschau des zur menschlichen Nahrung bestimmten Viehes vor oder nach der Schlachtung für zulässig erklärt. Hiedurch ist in Bayern die Einführung des Fleischbeschauzwanges durch ortspolizeiliche Vorschriften (Art. 92 Abs. 1, 140 Abs. 1 rrh. GO.) ermöglicht worden.

c) Friedhöfe und Leichenhäuser (VGH 4, 539 ff.)

Man kann aus dieser Entscheidung des VGH entnehmen, daß eine Gemeinde als Ortspolizeibehörde gemäß Art. 61 Abs. 1 Ziff. 1 oder 3 zugunsten eines sog. „ordnungsmäßigen Friedhofs" eine Benutzungspflicht einführen kann. Man wird annehmen müssen, daß bei Vorhandensein gemeindlicher und kirchlicher Friedhöfe die Ortspolizeibehörde beide als „ordnungsmäßige Friedhöfe" mit Zwangsrecht ausstatten kann, sodaß die Leichen, welche im Bezirk der Ortspolizeibehörde bestattet werden sollen, entweder in dem gemeindlichen oder dem kirchlichen Friedhof bestattet werden müssen.

d) Waganstalten (VGH 4, 388 ff.)

Hier ist nur angegeben, daß die bei gemeindlichen Schrannen aufgestellten Wagen als gemeindliche Anstalten zu bezeichnen sind, und daß die Gebühren für die Benützung der Wagen als „Abgaben für Benützung gemeindlichen Eigentums, gemeindlicher Anstalten, Einrichtungen und Unternehmungen" anzusehen sind, daß ferner die Gebührenordnung gemäß Art. 159 Ziff. 6 rrh. GO. (alter Fassung) dann der Genehmigung der Staatsaufsichtsbehörde bedarf, wenn die Benützung der Wage zur Zwangspflicht gemacht ist. Eine gesetzliche Grundlage hiefür ist nicht angegeben.

4. Abschnitt.

§ 14.

Streitigkeiten.[127])

Der vorliegende Abschnitt will einen Ueberblick bieten über die Streitigkeiten, welche sich auf dem Gebiete des Benutzungszwanges und den damit zusammenhängenden Fragen hauptsächlich ergeben können.

I. Verwaltungsrechtssachen.

Verwaltungsrechtssachen sind nach Art. 8 VGG alle bestrittenen Rechtsansprüche und Verbindlichkeiten in den in Art. 8 VGG in 40 Ziffern angeführten Angelegenheiten; dazu kommen aber noch die sog. Erweiterungen des Art. 8 VGG. Für uns kommt hievon in Betracht Art. 44 der GO. selbst.

Verwaltungsrechtssachen sind also bestrittene Ansprüche und Verbindlichkeiten. Gemeint sind damit subjektive öffentliche Rechte auf der einen und öffentlich-rechtliche Pflichten auf der anderen Seite. Was unter subjektiv öffentlichen Rechten zu verstehen ist, braucht hier nicht mehr weiter erläutert zu werden, es genügt zu verweisen auf Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, O. Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. I, 2. Auflage, S. 106 ff., sowie die bei Dyroff, a.a.O., S. 260 gegebene Definition. Die öffentlich-rechtlichen Pflichten sind das Gegenstück zu den subjektiv öffentlichen Rechten. Jedenfalls gehört nach dem oben Gesagten das Recht zur Benützung einer gemeindlichen Anstalt, mag es aus allgemeinen Gesichtspunkten abgeleitet werden oder ausdrücklich im Gesetz erwähnt sein (wie z. B. in Art. 44, Abs. 1 Satz 2 n. GO.), zu den subjektiven öffentlichen Rechten. Ebenso ist die Pflicht zur Benutzung einer gemeindlichen Anstalt eine öffentlich-rechtliche Pflicht, desgleichen die Pflicht des Anstaltsbenützers zur Zahlung der von der Gemeinde festgesetzten Gebühren.

Da nun ferner in Art. 8 Ziff. 31 VGG aufgeführt sind „die Verpflichtung zur Entrichtung von gemeindlichen Verbrauchssteuern . . . . ., sonstigen öffentlichen Abgaben . . . ., Benützung der Gemeindeanstalten und Verbindlichkeit zur Entrichtung von besonderen Gebühren hiefür . . . . .“ ferner aber nach Art. 44 Abs. 5 n. GO. „Streitigkeiten über die

[127]) *Zum ganzen Abschnitt vergl. vor allem Dyroff, VGG, insbes. zu den Art. 8, 9. 10, 13. S. 252 ff., 342 ff., 409 ff., 502 ff.*

Benützung der Anstalten, Unternehmungen und Einrichtungen und über Verbindlichkeiten zur Entrichtung von Gebühren hiefür . . . .," im verwaltungsgerichtlichen Verfahren entschieden werden und nach Abs. 6 des Art. 44 n. GO. auch Abs. 5 auf den Benutzungszwang Anwendung findet, so steht fest, daß Streitigkeiten über das Recht zur Benützung einer Gemeindeanstalt, über die satzungsmäßige Pflicht zur Benützung einer solchen, über die Entrichtung öffentlich-rechtlicher Gebühren für die Benützung Verwaltungsrechtssachen sind und danach in erster Instanz von der übergeordneten Verwaltungsbehörde (bei mittelbaren Gemeinden dem Bezirksamt, bei unmittelbaren der Kreisregierung K.d.I.), in zweiter und letzter Instanz sowohl nach Art. 8 Ziff. 31 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 VGG, als auch nach Art. 44 Abs. 5 n. GO. vom VGH entschieden werden.[128]) Dabei ist gemäß dem oben schon Erwähnten zu bemerken, daß Vereinbarungen über die Bedin-

---

[128]) *Für das frühere Recht vgl. VGH 17, 200 ff. (11. 3. 96): Die Benützung der Wasserleitung schafft öffentlich-rechtliche Beziehungen. [21, 148 (4. 4. 1900): Streitigkeiten über die Art und Weise und über den Umfang zu errichtender Anstalten oder über die Notwendigkeit einer Ausdehnung oder Umgestaltung bestehender Anstalten fallen nicht unter Art. 8 Ziff. 31 VGG.] 23, 203 ff. (11. 6. 02): Aus dem aufgrund eines Ortsstatuts erfolgten Anschluß eines Anwesens an die gemeindliche Wasserleitung kann ein öffentlich-rechtlicher Anspruch gegen die Gemeinde auf Verschaffung der für das Anwesen erforderlichen Wassermenge nicht ohne weiteres abgeleitet werden. Der VGH ist aber zur Prüfung dieser Frage zuständig. 32, 20 ff. (6. 12. 10): Verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit ist nach Art. 8 Ziff. 31 VGG dann gegeben, wenn es sich um gegenseitige Verpflichtungen und Berechtigungen der Gemeinde oder der Einzelnen in Ansehung von Gemeindeanstalten handelt. 34, 141 (28. 3. 13) Unterscheidung zwischen öffentlicher Anstalt und Gewerbebetrieb muß nach dem Zweck getroffen werden (dies ist zwar nicht wörtlich so ausgedrückt, aber aus dem Sinn zu entnehmen: S. 143). Die von der Gemeinde aufgestellten „Bedingungen für die Benützung eines Elektrizitätswerks" sind nicht Vertragsbestimmungen, sondern Gemeindesatzungen. Streitigkeiten sind öffentlich-rechtlicher Art nach Art. 8 Ziff. 31 VGG. 35, 97 ff. (24. 4. 14): Ansprüche aufgrund der Satzung einer gemeindlichen Pensionsanstalt fallen unter Art. 8 Ziff. 31 VGG.*

gungen der Benutzung einer gemeindlichen Anstalt, die von Fall zu Fall festgelegt werden und nicht von der kraft ihrer Hoheitsgewalt handelnden Gemeinde von sich aus ein für allemal als Ortsgesetz erlassen werden, kein öffentlich-rechtliches Verhältnis schaffen, daß also hiedurch weder ein subjektives öffentliches Recht, noch eine öffentlich-rechtliche Pflicht entsteht.[129])

Es muß sich ferner handeln um eine bestimmte Leistung, die die Gemeinde von den Angehörigen, oder die der Angehörige von der Gemeinde verlangt, deren Entrichtung aber vom Pflichtigen verweigert wird.[130]) Dabei kann der VGH nicht entscheiden, wenn es sich ausschließlich darum handelt ob gewisse Gebühren eingeführt sind oder wieder aufgehoben wurden, statutarische Bestimmungen oder ortspolizeiliche Vorschriften erlassen oder wieder außer Kraft gesetzt wurden, wenn die Frage nicht verbunden ist mit der Frage nach einem bestimmten subjektiven öffentlichen Recht oder einer öffentlich-rechtlichen Pflicht. Als Vorfrage zur Frage der Verpflichtung zur Gebührenzahlung usw. oder der Verpflichtung zur Benützung einer Anstalt kann auch die Frage nach der Gültigkeit einer statutarischen Bestimmung geprüft werden.[131]) Der VGH kann dann, wenn er die Ortssatzung für ungültig hält, die betreffende Vorschrift in diesem Verfahren (aber

---

[129]) *Vgl. VGH 12, 63 ff. (22. 1. 1890): Es handelt sich hier um Leistungen für gemeindliche Kanäle, welche von Fall zu Fall festgesetzt werden, nicht ein für allemal durch Statut bestimmt sind. Sie werden nicht als öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit betrachtet. 21, 150 (11. 6. 02): Wasserleitung der Stadt Lohr.*

[130]) *Vgl. VGH. 3, 218 (29. 7. 81), insbesondere S. 221: „Voraussetzung für Streitigkeiten im Sinne des Art. 8 Ziff. 31 ist, daß in einem konkreten Fall von einer Gemeinde eine bestimmte subjektive Leistung gegenüber einem bestimmten Pflichtigen in Anspruch genommen, von letzterem aber verweigert wird. Der VGH kann dann im Zusammenhang damit auch die Frage prüfen, ob der erhobene Anspruch der Gemeinde auf eine ortspolizeiliche Vorschrift gegründet werden kann." 18, 161 ff., (13. 1. 97): Der gleiche Gedanke.*

[131]) *Die Möglichkeit der Prüfung eines Ortsstatuts ist bejaht in VGH 24, 139 (30. 7. 02): Kanalisation von Schwabach. Ferner 28, 47 (27. 12. 06); 31, 49 ff., (22. 12. 09); 32, 214, (11. 11. 11); 43, 51, (24. 3. 22).*

nur für diesen konkreten Fall) als ungültig behandeln. Aufheben kann er sie nicht, die Aufhebung muß er denen, die das Statut geschaffen haben, oder deren Aufsichtsstelle überlassen.

Der durch ortspolizeiliche Vorschriften festgesetzte polizeiliche Benützungszwang unterliegt auch der verwaltungsgerichtlichen Prüfung, da auch er eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit darstellt. Die Frage der Nachprüfung der Gültigkeit ortspolizeilicher Vorschriften durch Verwaltungsbehörden und -gerichte ist aber nicht so leicht zu beantworten, da die Nachprüfung von polizeilichen Vorschriften im allgemeinen dem Strafrichter zusteht und obliegt. Die Zuständigkeit zu deren Nachprüfung ist für den VGH nur eine beschränkte, aber sie besteht jedenfalls (und das ist für uns der wichtigste Punkt), wenn es sich handelt um einen Inzidentpunkt in einem Streit über öffentliche Rechte und öffentlich-rechtliche Pflichten. Wenn also z. B. ein Benutzungszwang durch ortspolizeiliche Vorschrift eingeführt wird, dann kann das Zustandekommen und die Gesetzmäßigkeit (also das Vorhandensein einer Spezialdelegation) als Vorfrage geprüft werden.[132]) Die Frage, ob die ortspolizeiliche Vorschrift zweckmäßig, ob die Gebühren, die im Ortsstatut festgesetzt sind, angemessen sind, ist Ermessungsfrage und daher vom VGH gemäß Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3 VGG nicht nachzuprüfen.

Beim satzungsmäßigen Benützungszwang gemäß Art. 44 Abs. 6 n. GO. muß man jetzt wohl die Prüfung der Frage zulassen, ob die Satzung, wie sie erlassen ist, sich auf die Schaffung eines Monopols beschränkt oder etwa darüber hinausgeht. Es ist das eine Rechtsfrage, denn die Gemeinden sind nach dem oben über die Art des satzungsmäßigen Benützungszwanges Ausgeführten nur berechtigt einen monopolschaffenden Benutzungszwang in der Satzung einzuführen.

Was die Genehmigung der Satzung mit Gebührenregelung durch die Staatsaufsichtsbehörde betrifft, so ist die Frage, ob die Aufsichtsbehörde die Genehmigung erteilen will oder nicht, eine Ermessensfrage. Die Aufsichtsbehörde ist hierin völlig frei. Rechtsfrage, und zwar als Vorfrage für die Gültigkeit einer statutarischen Zwangspflicht Verwaltungsrechtssache, kann die Frage sein, ob in einem bestimmten Fall überhaupt staatsaufsichtliche Genehmigung notwendig

[132]) *Zulässigkeit der Prüfung der Gültigkeit einer ortspolizeilichen Vorschrift: VGH 20, 47; 21, 6 (18. 10. 99); 32, 22 (6. 12. 10); ähnlich auch 21, 158.*

ist. Die Frage z. B., ob eine Satzung der Gemeinde, die (unpraktischerweise) polizeiliche Bestimmungen über den Anschlußzwang enthält, der Genehmigung bedarf oder nicht, gehört als Rechtsfrage zur Zuständigkeit des VGH. Der VGH hat dann als Vorfrage zu prüfen, ob der Benutzungszwang in der Satzung durch darin vermengte ortspolizeiliche Vorschriften oder durch Satzungsbestimmungen festgelegt ist, und dann zu ermessen, ob im Einzelfall die Genehmigung erforderlich war. Kommt er zum Ergebnis, daß der Benützungszwang durch Satzungsbestimmungen gemäß Art. 44 Abs. 6 n. GO. eingeführt und daher die staatsaufsichtliche Genehmigung der Satzung erforderlich ist, so ist ihm die Prüfung der weiteren Frage, ob im Einzelfall die Aufsichtsbehörde die Genehmigung erteilen oder versagen wollte, entzogen, weil sie Ermessensfrage ist.[133])

Die formelle Verbindung von ortspolizeilichen Vorschriften (über die Bewehrung der Satzung) und Satzungen über die Benützung von Gemeindeanstalten und über zu entrichtende Gebühren, die zwar häufig vorkommt aber nach dem oben Gesagten zu verwerfen ist, ist nicht geeignet die Zuständigkeitsgrenze zu Ungunsten des VGH zu verschieben; der VGH behält die gleiche Zuständigkeit wie bei Nachprüfung von Satzungen.[134])

Gemeinsame Anstalten mehrerer Gemeinden, die einen Verband im Sinne des Art. 37 Distriktsratsgesetzes bilden, werden auch als Gemeindeanstalten im Sinn des Art. 8 Ziff. 31 VGG angesehen.[135]) Dieser Verband wurde durch den den Art. 37 Distriktsratsgesetzes aufhebenden und ersetzenden Art. 26 SVG als Zweckverband bezeichnet und als solcher erscheint er auch wieder in Art. 133 ff. n. GO. zum Zweck der Erfüllung einzelner Aufgaben, die mehreren Gemeinden gemeinsam sind. Daß die Streitigkeiten zwischen den Anstalten des Zweckverbandes und den Anstaltsbenutzern unter das verwaltungsgerichtliche Verfahren fallen, also Verwaltungsrechtssachen sind, bestimmt jetzt das Gesetz, das Art. 44 n. GO. für anwendbar erklärt (Art. 138 n. GO.), also auch Art. 44 Abs. 5 n. GO.

---

[133]) *Ueber die Frage staatsaufsichtlicher Genehmigung als Rechtsfrage vgl. VGH 12, 200 (14. 5. 90): Pfandleihanstalten. 23, 62 (23. 10. 01).*

[134]) *Vgl. VGH 32, 23.*

[135]) *Vgl. VGHE vom 18. 12. 14, Nr. 130 II/14, angeführt bei Dyroff, a.a.O., Anm. 2. zu Art. 8, Ziff. 31 VGG. S. 344.*

Der Grundsatz der Gebührengleichheit besteht unbestrittenermaßen bei Benützungszwang; im übrigen können nach der späteren Ansicht des VGH die Gebühren nach freiem Ermessen auferlegt werden, sodaß hiefür eine Nachprüfungsmöglichkeit des VGH nicht besteht.

II. Verwaltungsstreitsachen 2. Ordnung.

Verwaltungsstreitsachen 2. Ordnung sind nach Art. 10 Ziff. 2 Bescheidung von „Beschwerden gegen Beschlüsse oder Verfügungen der Kreisregierungen K.d.I.," „in Gegenständen der Staatsaufsicht über die Gemeinden . . ., wenn die Gemeinde . . . . behauptet, die Verfügung verletze ihr gesetzliches Selbstverwaltungsrecht oder belaste sie mit einer gesetzlich nicht begründeten Leistung."

Hier tritt besonders der Unterschied zwischen Rechtsfragen und Ermessensfragen deutlich hervor. Der VGH hat zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für aufsichtliches Einschreiten gegeben sind und ob beim Einschreiten das gesetzliche Verfahren eingehalten worden ist; dagegen erstreckt sich die Zuständigkeit des VGH gemäß Art. 13 VGG. nicht auf die Frage, ob das Einschreiten notwendig oder zweckmäßig ist. (VGH 35, 19 ff. (21. 11. 13.)).

Es ist ein grundsätzlicher Unterschied zu machen zwischen Angelegenheiten der Gemeinden im eigenen und im übertragenen Wirkungskreis; denn je nachdem ist das Maß der Nachprüfungsmöglichkeit ein verschiedenes.

Ohne im näheren auf den Begriff der Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten einzugehen, kann man etwa folgendes sagen: Selbstverwaltungsangelegenheiten sind Angelegenheiten, die die Gemeinden innerhalb der gesetzlichen Schranken nach freiem Ermessen unbehelligt von staatlichen Anweisungen unter eigener Verantwortung erledigen, Auftragsangelegenheiten solche, die der Staat einem bestimmten Gemeindeorgan oder der Gemeinde selbst zur Besorgung nach staatlichen Anweisungen überträgt.

Wendet man diese beiden Begriffe auf den Benutzungszwang an, so ist die Aufstellung eines satzungsmäßigen Benutzungszwangs eigene Gemeindeangelegenheit, Selbstverwaltungsangelegenheit, der polizeiliche Benutzungszwang übertragene Gemeindeangelegenheit, Auftragsangelegenheit. Wenn die Gemeinde durch Satzung die Benützung einer Anstalt zur

---

[135a] *Vgl. oben S. 33, Anm. 62.*

Zwangspflicht macht, so tut sie das aus dem ihr selbst zustehenden Recht heraus, die Verhältnisse ihrer gemeindlichen Anstalten, Einrichtungen und Unternehmungen zu regeln. Der polizeiliche Benützungszwang fällt unter die Aufgabe der Ortspolizei, diese ist eine an sich staatliche Aufgabe, ist aber den Gemeinden zur Ausführung übertragen unter staatlicher Aufsicht und Anweisung.

Je nach der Art der Angelegenheit ist die Staatsaufsicht eine verschiedene: bei den eigenen Gemeindeangelegenheiten erstreckt sie sich lediglich darauf, daß die Gemeinde die ihr gesetzlich obliegenden Pflichten erfüllt und daß sie ihre Aufgabe innerhalb der Schranken der Gesetze durchführt (Rechts- und Pflichtenaufsicht.)

Bei den übertragenen Angelegenheiten geht die Staatsaufsicht weiter. Die Aufsichtbehörde hat außer den auch bei den eigenen Angelegenheiten gegebenen Rechten noch die Befugnis, der ihr unterstellten Gemeinde Weisungen zu erteilen, die die Gemeinde zu befolgen hat (Sachaufsicht).

Grundsätzlich sind nun die Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises der Gemeinde der Entscheidung durch den VGH entzogen. Da sie im allgemeinen keine Rechte darstellen, fallen sie nicht unter Art. 10 Ziff. 2 VGG. Was insbesondere die Ortspolizei anlangt, um die es sich für unseren Fall beim übertragenen Wirkungskreis vornehmlich handelt, so ist hier eine Zuständigkeit des VGH gegeben für die Frage, ob die Staatsaufsichtsbehörde überhaupt berechtigt ist staatsaufsichtlich einzugreifen. Ob sie im konkreten Fall zweckmäßigerweise hat einschreiten müssen oder nicht, ist Ermessensfrage der Aufsichtsbehörde und der Würdigung des VGH entzogen. Zuständig ist der VGH weiter, wenn der Gemeinde das Recht der Handhabung der Ortspolizei überhaupt entzogen oder beschränkt wird durch staatsaufsichtliche Verfügungen. Denn es besteht ein Recht auf die Handhabung der Ortspolizei durch die Gemeinde, und dieses Recht ist in gewissem Sinn unter die Angelegenheiten der Selbstverwaltung zu rechnen (vgl. VGH 5, 29 und Dyroff, a.a.O., S. 416).

In der Frage der Pflichten, die durch die Staatsaufsichtsbehörde den Gemeinden hinsichtlich der Ortspolizei (also im übertragenen Wirkungskreis) auferlegt werden, ist meist bloß eine Ermessensfrage gegeben; denn die Aufsichtsbehörde kann nach ihrem Ermessen die Gemeinde anweisen (und dadurch verpflichten) eine gewisse Polizeivorschrift zu erlassen oder nicht zu erlassen. Man wird dann aber dem VGH ein Recht der Prüfung einräumen müssen, wenn die

Staatsaufsichtsbehörde die Gemeinde zu einer polizeilichen Regelung verpflichten will, die überhaupt der gesetzlichen Grundlage entbehrt oder, ganz allgemein ausgedrückt, wenn sie der Gemeinde die Pflicht zur Erlassung einer Polizeivorschrift auferlegen will, die aus einem der Unwirksamkeitsgründe, die die allgemeinen Grundsätze für polizeiliche Vorschriften aufstellen, ungültig wäre. Denn an den Gesetzen (und ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen) findet auch das Ermessen der Aufsichtsbehörde sein Schranke. Es liegt dann eine Rechtsfrage vor.

Wenn schon die Prüfung der Notwendigkeit aufsichtlichen Einschreitens Voraussetzung der Zulässigkeit desselben ist, dann hat der VGH als Rechtsfrage auch die Notwendigkeit des staatsaufsichtlichen Einschreitens zu prüfen.[136])

III. Schiedsgerichtssachen.

Zwei Fälle, in denen Verwaltungsbehörden als Schiedsgerichte zur Entscheidung einer Streitigkeit berufen sind, können auch für unsere Fragen in Betracht kommen. Der eine ist der des Art. 138 Abs. 1 n. GO. Es können bei Einrichtung gemeinsamer Anstalten Streitigkeiten zwischen den zu einem Zweckverband zusammengeschlossenen Gemeinden (nur solche sind für uns von Bedeutung) sich ergeben über die Errichtung der gemeinsamen Anstalten, über die für die Anstalten zu gewährenden Leistungen, über die Auseinandersetzung bezüglich der Anstalten nach Auflösung des Zweckverbandes usw.[137]) Es entscheidet hier im ersten Rechtszug die Staatsaufsichtsbehörde, auf Beschwerde gegen ihre Entscheidung

---

[136]) *Vgl. VGH 28, 61 (16. 1. 07): staatsaufsichtliche Anordnungen zur Beseitigung gesundheitsgefährlicher Mißstände an gemeindlichen Wasserversorgungseinrichtungen. 33, 122 (12. 2. 12): Kanalisierung von Ortsstraßen zur Beseitigung gesundheitsgefährlicher Zustände ist dann gemeindliche Pflichtaufgabe, wenn sie zum Schutze gegen übertragbare Krankheiten notwendig ist.*

[137]) *Es kann so unter Umständen auch die Frage des Benutzungszwanges unter die schiedsgerichtliche Zuständigkeit des VGH fallen; sobald es sich aber um einen Streit über die Rechte oder Pflichten des einzelnen Anstaltsbenutzers (also nicht der Mitglieder des Zweckverbandes) handelt, fällt die Zuständigkeit nach Art. 138 n. GO. weg und ist die Sache Verwaltungsrechtssache nach Art. 8 Ziff. 31 VGG, 44 Abs. 5, 6 mit Art. 138 Abs. 2 n. GO.*

im zweiten Rechtszug der VGH als Schiedsgericht. Ueber das Verfahren siehe Art. 45 VGG, § 42 Vollz. Vorschriften z. VGG.

Der andere Fall ist der der Auseinandersetzung bei gemeindlichen Bezirksveränderungen, wo die Kreisregierung K. d.I. schiedsgerichtlich tätig werden kann: Art. 6 n. GO. (siehe oben!)

IV. Reine Verwaltungssachen.

Die reinen Verwaltungssachen lassen sich nur negativ bestimmen. Es sind (soweit sie für unsere Frage in Betracht kommen) alle die öffentlich-rechtlichen Streitgkeiten zwischen Gemeinden, Ortschaften, Zweckverbänden auf der einen und deren Aufsichtsbehörden oder einzelnen Anstaltsbenutzern auf der andern Seite, die nicht unter Art. 44 Abs. 5 n. GO., Art. 8 Ziff. 31 (evtl. auch Ziff. 34) VGG, Art. 10 VGG. oder Art. 138 Abs. 1 oder 2 n. GO. fallen.

In diesen Fällen besteht kein Recht auf verwaltungsgerichtliche (sei es in allen Instanzen oder nur in der letzten Instanz verwaltungsgerichtliche) Entscheidung; der Einzelne hat nur das Recht der Aufsichts- und Oberaufsichtsbeschwerde an die jeweils vorgesetzte Verwaltungsbehörde, und in deren Ermessen steht es, ob sie die Entscheidung der unteren Verwaltungsbehörde ändern oder aufheben oder bestätigen will.

Der Fall der Genehmigung der Satzung mit Gebührenregelung gehört abgesehen von der oben S. 80 unter die Verwaltungsrechtssachen gestellten Frage zu den reinen Verwaltungssachen. Es besteht kein Recht auf die Genehmigung unter bestimmten Voraussetzungen; es ist kein Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde verletzt, wenn die Genehmigung nicht erteilt wird. Es ist also weder Art. 8 noch Art. 10 Ziff. 2 VGG anwendbar, und da die Gemeindeordnung selbst keine Bestimmung enthält, ist die Gemeinde lediglich auf den Weg der Aufsichtsbeschwerde beschränkt. (siehe übrigens oben S. 37.)

5. Abschnitt.

§ 15.

Benutzungszwang und Gewerbefreiheit.

In der Reichsverfassung Art. 151 Abs. 3 ist die Freiheit des .... Gewerbes nach Maßgabe der Reichsgesetze gewährleistet. Ein solches hierüber maßgebendes Reichsgesetz ist die Reichsgewerbeordnung. Die Gewerbeordnung bestimmt in § 1: „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind."

Ausgenommen von dem Geltungsbereich der Gew. O.[138]) sind Tätigkeiten, die an sich schon nicht als Gewerbe betrachtet werden, z. B. wissenschaftliche Tätigkeit usw.; ausgenommen sind ferner die Tätigkeiten des § 6 Gew.O., von denen oft gesagt wird, daß sie deshalb auch keine Gewerbe seien. Das ist nicht richtig: Gewerbe sind sie; da sie aber von der Bestimmung des § 6 Gew.O. ausgenommen sind und deshalb allgemein landesgesetzliche Bestimmungen in diesen Fällen für zulässig erachtet werden, so kann man höchstens sagen, sie seien kein Gewerbe „im Sinn der Gewerbeordnung".

Wie verhält sich nun einerseits der satzungsmäßige, andererseits der polizeiliche Benutzungszwang öffentlicher Gemeindeanstalten zur Gewerbefreiheit, also insbesondere zu den Verboten der §§ 1, 7, 10 Gew.O.? Ist es angängig, daß die Gemeinde dadurch, daß sie den Einzelnen zwingt, eine ihrer Anstalten zu benützen, jede private gewerbliche Tätigkeit auf diesem Gebiete ausschaltet?

Untersucht man zunächst den polizeilichen Benutzungszwang, so ergibt sich folgendes Bild: Die Gemeinde kann durch ortspolizeiliche Vorschriften bestimmen, daß eine gemeindliche Anstalt ausschließlich zu benützen sei. Die ortspolizeiliche Vorschrift muß eine gesetzliche Grundlage haben, die auf dem Gebiete des Polizeirechts liegt und entweder allgemein sicherheitspolizeilicher oder gesundheitspolizeilicher oder feuerpolizeilicher usw. Art ist. Es liegt also nicht im Gesetz begründet, wenn die Gemeinde ein Ausschlußrecht, ein Monopol erhält, sondern es ergibt sich dieses als tatsächliche Folge der Erlassung einer an sich nur auf den polizeilichen Zweck abgestellten Vorschrift; es entsteht nur ein tatsächliches

---

[138]) *Siehe hiezu Landmann, a.a.O., 7. Aufl. I, S. 35 ff.; ferner Reger-Stöhsel, a.a.O., 8. Aufl., I, S. 2 ff.*

Gemeindemonopol. Das ist kein Zwangs- und Bannrecht und keine ausschließliche Gewerbeberechtigung, weil es überhaupt keine rechtliche, sondern nur tatsächliche Erscheinung ist.[139])

Was die n. GO. in Art. 44 Abs. 6 geschaffen hat, ist ohne Zweifel ein gemeindliches Monopolrecht, ein rechtliches Monopol, eine ausschließliche „Betriebs"-Berechtigung. (Das Wort „Gewerbe"-Berechtigung wird hier absichtlich vermieden.) Die Gemeinde schafft durch ihr örtliches Gesetz, welches den Zweck verfolgt, der Gemeinde ein Monopolrecht einzuräumen (siehe oben!), die Befugnis jeden privaten Gewerbebetrieb in Anbetracht der 5 in Art. 44 Abs. 6 n. GO. aufgeführten Anstalten zu unterbinden. Diese Beseitigung des privaten Gewerbebetriebes ist nicht eine zufällige, tatsächliche Folgeerscheinung einer anderen Anordnung, sondern eine vom Gesetz bewußt geschaffene Befugnis zur Ausschließung des privaten Gewerbes.

Es fragt sich also nun noch, ob diese Befugnis der Gemeinde einen Verstoß gegen die Gew.O. darstellt. § 7 Gew.O. verbietet die ausschließlichen Gewerbeberechtigungen und bestimmt diese als „die mit dem Gewerbebetrieb verbundenen Berechtigungen anderen den Betrieb eines Gewerbes . . . zu untersagen oder sie darin zu beschränken." Es sind also unter den ausschließlichen Gewerbeberechtigungen nur solche Berechtigungen verstanden, die mit einem Gewerbebetrieb verbunden sind. Ebenso steht es auch mit den „Zwangs- und Bannrechten."

Oben ist aber schon dargelegt worden, daß öffentliche Anstalten, also Anstalten des Staates oder der Gemeinden, wenn sie öffentlichen Zwecken, Zwecken der Wohlfahrt der Gemeindangehörigen, nicht der Gewinnerzielung dienen, keine Gewerbebetriebe sind;[140]) die gemeindlichen öffentlichen

---

[139]) *Siehe dagegen Wolzendorff, Verw. Arch. 21, 123 und Preuß. VBl. 32, 751.*

[140]) *Vgl. Reger-Stöhsel, a.a.O., 8. Aufl. S. 3: „Betriebe des Staates und der Gemeinden, welche dieselben in Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben und Zwecke (sohin nicht lediglich aus wirtschaftlichen oder fiskalischen Rücksichten) übernehmen, können daher im Sinn der Gew.O. selbst dann nicht als Gewerbe betrachtet werden, wenn solche Betriebe Reinerträgnisse abwerfen sollten." Aus der sehr umfangreichen Rechtsprechung sei folgendes angeführt: Reger, 2, 4=VGH 2, 556 (Wasserversorgungsanstalt); 3,*

Anstalten als solche fallen somit auch nicht unter den Geltungsbereich der Gew.O. Es muß also doch, obwohl es m. E. etwas bedenklich erscheint, zugegeben werden, daß die Zwangsrechte der Gemeinde, eine Pflicht zur Benutzung ihrer Anstalten zu begründen, weder beim polizeilichen noch beim satzungmäßigen Benutzungszwang einen Eingriff in die verfassungmäßig und gesetzlich gewährleistete Gewerbefreiheit bedeuten.

---

332 (Erlaß des Preuß. Finanzmin. v. 22. 7. 82): Anstalten, welche den Zweck haben die Einwohner mit. . . . Wasser zu versorgen, sind nicht sowohl gewerbliche als gemeinnützige Unternehmungen. 13, 166 (Gutachten des Reichsjustizamts v. 23. 4. 92): Es ist nicht als unzulässig anzusehen, wenn die Grubenräumung und Düngerabfuhr dem Gebiete des privaten Gewerbebetriebs dadurch gänzlich entzogen wird, daß die Erledigung der Angelegenheit in den Kreis der öffentlichen Aufgaben eines Kommunalverbandes gezogen und zu einem Gegenstand der unmittelbaren Tätigkeit desselben gemacht wird. Die Gew.O. wird nicht verletzt. Vgl. ferner Reger 16, 113; 18, 3 ff.

Schlußbetrachtung.

Nachdem das ganze Recht des Benützungszwanges, insbesondere des durch Art. 44 Abs. 6 n. GO geschaffenen satzungsmäßigen Benutzungszwanges, einer Würdigung unterzogen worden ist, ist es nun auch möglich sich über die Frage klar zu werden, ob denn eigentlich die Bestimmung notwendig und praktisch ist und dem vom Gesetzgeber beabsichsichtigten Zweck entspricht. Diese Fragen müssen verneint werden.

a) Art. 44 Abs. 6 n. GO. ist nicht notwendig und nicht praktisch. Die Gemeinde konnte als Ortspolizeibehörde durch Erlaß von ortspolizeilichen Vorschriften mehr erreichen als es ihr heute durch die Satzung allein möglich ist, da diese, wie oben ausgeführt, der Gemeinde nur ein Ausschlußrecht gegenüber anderen Unternehmern verschaffen und sichern kann, während weitergehende Zwangspflichten doch auch heute noch durch ortspolizeiliche Vorschrift statuiert werden müssen.

b) Die Bestimmung des Art. 44 Abs. 6 n.GO. entspricht auch nicht dem Zwecke, den man bei Schaffung der n. GO. verfolgt hat.

Man wollte, wie dies Staatsminister Stützel[141]) eingehend zu begründen versuchte, den Gemeinden als solchen auf einfachere Weise die gleichen Rechte geben, die sie bisher schon gehabt hatten.

Man hat den Gemeinden aber einmal nicht die gleichen Rechte gegeben, denn die Gemeinden können als solche durch Satzung nur ein Monopol für sich schaffen. Daß sie in der Satzung nicht weitergehen können, ist oben dargelegt.

Man hat den Gemeinden geringere Befugnisse und diese nicht einmal unter erleichternden Umständen gegeben. Zwar ist nun für die satzungsmäßigen Zwangsvorschriften keine Vollziehbarkeitserklärung mehr notwendig, weil sie keine polizeilichen Vorschriften sind. Dafür hat man aber die Erlassung der Satzung an die Genehmigung der Staatsaufsichtsbehörde geknüpft und wollte sogar noch die Einführung des Benützungszwanges bei einigen der 5 Anstalten von staatsaufsichtlicher Zustimmung abhängig machen. Ob es nun einfacher

---

[141]) *Siehe Verfassungsausschuß des bayr. Landtags, Beilage 2846, Bd. V, 4. Tagung, 1926/27, S. 428 ff.*

ist, daß die Gemeinde abwartet, bis die Staatsaufsichtsbehörde ausdrücklich eine Genehmigung erteilt oder nur abwartet, ob die Kreisregierung nicht innerhalb 30 Tagen die Vollziehbarkeitserklärung verweigert, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls kann es jetzt vorkommen, daß die Gemeinde ein doppeltes zu tun hat: Sie erläßt eine Satzung mit dem monopolschaffenden Benützungszwang (diese muß sie der Staatsaufsichtsbehörde vorlegen) und dann für einen evtl. weitergehenden Benutzungszwang eine ortspolizeiliche Vorschrift (sie muß hiefür die Vollziehbarkeitserklärung erhalten).

Die Bestimmung des Art. 44 Abs. 6 n. GO. wird aber jedenfalls auch keinen Schaden stiften, denn die Gemeinden werden ihre bisherigen Satzungen und ortspolizeilichen Vorschriften mit dem durch sie eingeführten Benutzungszwang zunächst weiter in Geltung lassen, und wenn sie einmal sachliche Aenderungen daran vorzunehmen haben, so werden sie nicht gemäß Art. 44 Abs. 6 in einer neuen Satzung einen satzungsmäßigen und in einer ortspolizeilichen Vorschrift einen polizeilichen Benutzungszwang festlegen, sondern sie werden die den Benutzungszwang schon enthaltende ortspolizeiliche Vorschrift abändern, aber nicht außer Kraft setzen.

Die Gemeinden aber, die für ihre entweder schon bestehenden oder neu zu errichtenden Gemeindeanstalten einen Benutzungszwang einführen wollen, werden, soweit sie sich nicht bloß ein Monopolrecht zu sichern beabsichtigen, hiebei nicht nach Art. 44 Abs. 6 n. GO., sondern nach dem bisher geltenden Rechte verfahren.

Literaturverzeichnis.

a) Bücher und Abhandlungen.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches 7. Aufl. 1928.

Dyroff: Verwaltungsgerichtsgesetz (mit Ergänzungsband von Klee-Hechtel) 1925/28.

Eichner: Die Rechtsgrundlagen der Präventivpolizei nach der bayerischen Rechtsentwicklung 1927.

Eymann-Schubert: Das bayerische Wasserrecht 2. Aufl. 1926/28.

Fleiner: Institutionen des Verwaltungsrechts 6./7. Aufl. 1922, 8. Aufl. 1928.

Friedrichs: Das Polizeigesetz vom 11. März 1850 (Gesetz über die Polizeiverwaltung) 1911.

Helmreich-Rock: Bayerische Gemeindeordnung von 1869 6. Aufl. 1926.

Helmreich-Rock: Bayerische Gemeindeordnung von 1927 1. Aufl. 1928.

Immich: „Kommunale Wasserleitungsanlagen" im Preussischen Verwaltungsblatt Bd. 28, S. 213 ff., 269 ff.

Jebens: „Polizeiliche Gemeindeanstalten" im Preußischen Verwaltungsblatt Bd. 22, S. 332 ff.

Jellinek, W.: Verwaltungsrecht 1928.

v. Kahr: Kommentar zur Gemeindeordnung für die Landesteile diesseits des Rheins. 1896.

Laforet-v. Jan--Schadenfroh: Kommentar zur bayerischen Gemeinde-, Bezirks- und Kreisordnung (von 1927) 1928.

v. Landmann-Rohmer: Kommentar zur Reichsgewerbeordnung 7. Aufl. 1925.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht 2. Aufl. 1917.

Meyer-Dochow, Georg: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts 1913.

Nawiasky: Bayerisches Verfassungsrecht 1923.

Oertel: Die Städteordnung für die 6 östlichen Provinzen der preußischen Monarchie vom 30. Mai 1853. 1910.

Pohl: Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts für das Königreich Bayern. Band. II: Die Gemeinden und die Gemeindeverbände. 1900.

Reger-Stöhsel: Handausgabe der Gewerbeordnung, 8. Aufl. 1929.
Roesch: Das bayerische Gesetz über die Selbstverwaltung vom 22. Mai 1919, 2. Aufl. 1920.
Roesch: Bayerische Gemeindeordnung 3. Aufl. des Selbstverw.-Ges. 1923.
Sauter: Das Recht der öffentlichen Gemeindeanstalten nach bayerischem Verwaltungsrecht. Erlanger Diss. 1925.
Schultz: Ueber Anstaltsbenützung im Preußischen Verwaltungsblatt Band 19, S. 13 ff.
v. Seydel: Bayerisches Staatsrecht. 2. Aufl. 1896.
Stöhsel-Stenger: Die neue bayerische Gemeindegesetzgebung 1929.
Stumpf: Ueber den Begriff der Gemeindeanstalten nach bayerischem Gemeinderecht in Blättern f. admin. Praxis, Band 37 S. 1 ff.
Woerner: Kommentar zur bayer. Gemeindeordnung von 1927. 1. Aufl., 1928.
Wolzendorff: Kommunale Wohlfahrtspflege als Ursache polizeilicher Beschränkungen der Einzelfreiheit im Verwaltungsarchiv, Band 21, S. 515 ff.

b) Zeitschriften, Wörterbücher, Entscheidungssammlungen.

Blfa Pr = Blätter für administrative Praxis, nun bayerische Verwaltungsblätter = BVBl.
BGVZ = Bayerische Gemeinde- und Verwaltungszeitung.
HWR = Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Herausgegeb. von Stier-Somlo und Elster, 1927.
HWStW = Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Herausg. von Elster, Weber, Wieser, 4. Aufl. 1928.
PrOVG = Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts.
PrVBl = Preußisches Verwaltungsblatt, nun Reichsverwaltungsblatt.
Reger, Sammlung von Entscheidungen der Verwaltungsgerichte und Verwaltungsbehörden.
RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Verw Arch = Verwaltungsarchiv.
VGH = Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofes.